



KATHOLIEKE UNIVERSITEIT LEUVEN  
Faculteit Rechtsgeleerdheid

## **RELATIEVORMING EN GEZINSHERENIGING**

**getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, de bescherming  
van het gezinsleven en de interne en internationale  
beslissingsharmonie**

### **Boekdeel I**

**Drie toegangspoorten tot het onderzoek**

Proefschrift aangeboden tot het verkrijgen van de graad van  
Doctor in de Rechten  
door

Sarah D'hondt

Instituut voor Vreemdelingenrecht en Rechtsantropologie  
Met de steun van het Onderzoeksfonds van de K.U. Leuven

20 oktober 2003

Promotor: Prof. Dr. M.-Cl. Foblets  
Co-promotor: Prof. Dr. P. Senaeve

## DANKWOORD

Dit proefschrift is vertrokken vanuit een gecombineerde interesse voor het vreemdelingenrecht en rechtspraak inzake familierecht, maar verruimde zijn gezichtsveld al gauw tot het verblijfsrecht en tot aandacht voor zowel administratieve praktijken als doctrinale discussies.

De unieke kans om me gedurende enkele jaren in een snel evoluerende en maatschappelijk steeds meer relevante rechtstak te verdiepen, dank ik in de eerste plaats aan mijn promotor, Prof. Dr. Marie-Claire Foblets. Reeds van bij ons eerste contact werd de basis gelegd voor een duurzame samenwerking, die mogelijk werd gemaakt door de Onderzoeksraad van de K.U. Leuven en die zich heeft gekenmerkt door vertrouwen en discussiebereidheid. Ik ben mijn promotor heel erkentelijk voor de ruime vrijheid die ze me heeft gelaten om nieuwe klemtonen te leggen en om het werk te laten evolueren van een rechtspraakanalyse naar een opeenvolging van probleemstellingen en concrete voorstellen. Onder impuls van haar kritische opmerkingen en niet aflatende zorg om tot heldere probleemstellingen en formuleringen te komen, heb ik het schrijven van dit doctoraat mogen ervaren als een leerrijk groeiproces met ruimte voor stellingnames.

Mijn eerste kennismaking met het wetenschappelijk onderzoek is voor mij van een niet te overziene betekenis geweest. Ik wil daarom ook Prof. Dr. Béatrice Van Buggenhout danken, bovenal omdat zij, door het creëren van onverhoopt veel kansen op maatschappelijke weerklank van mijn onderzoek, de fundamenteen heeft gelegd van professioneel zelfvertrouwen, een noodzakelijke voorwaarde om elk veeleisend project tot een goed einde te brengen. Bedankt Bea. Je blijft me nabij.

Ook wil ik graag mijn dank betuigen aan mijn co-promotor Prof. Dr. Patrick Senaeve en aan de Professoren Jean-Yves Carlier, Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira en Alain Verbeke, die me als examenjurylid meerdere nuttige bedenkingen en bemoedigende suggesties hebben overgemaakt.

Het overwegend theoretische werk, mede mogelijk gemaakt door de goede diensten van het personeel van de Leuvense Rechtsbibliotheek en door de technische bijstand door de jaren heen van de informaticadienst, werd dankbaar afgewisseld met interessante discussies met onder meer Mevr. Manjula Ekka en Mevr. Marleen Maes van de Dienst Vreemdelingenzaken, Dhr. Eddy Meulders van VLAVABBS, Dhr. Jan Vande Velde van de directie-generaal consulaire zaken van het ministerie van Buitenlandse Zaken, Mevr. Chantal Merlin van het Antwerpse parket, meerdere andere parketmagistraten, rechters en advocaten.



Dank je wel ook aan allen die voelden dat ik dit werk en het gewicht ervan steeds met me meedroeg, maar mijn enthousiasme bleven voeden door hun grenzeloze vertrouwen in een goed eindresultaat en hun vriendschap: Peter, Hilde en Va-leer, mijn grootouders, Johan, Gianni, Steven, Badra, Inke, Wim, Karolien en vele andere vrienden en collega's. Sommigen namen de last door hun inspirerend meedenken af en toe op eigen schouders. Bedankt Sieglinde en Fabienne.

Bovenal wens ik mijn ouders en mijn zussen, Beelke en Catheleyne, te danken voor hun ontembare vertrouwen, voor hun drijfkracht die van nature anderen vooruithelpt, voor het oogluikend achter hen laten van momenten dat ik er minder was. Jullie toonden me steeds de weg terug naar daar waar het echt om gaat.

En op die weg ontmoette ik Koen en het leven kreeg vleugels en de last werd opgetild, niet vederlicht, maar tot hanteerbare proporties herleid, met de nodige ruimte om ook voluit te gaan voor andere projecten waarin we geloven, met on-uitputtelijke inspiratie en met vertrouwensvolle blik op wat is en komen zal.

Een doctoraat is veel meer dan dat alleen. Het is een periode van jezelf ontdek-ken, je plaats in de wereld ontdekken. En die plaats, die werd en wordt door zo-vele mensen vorm gegeven. Bedankt!

**Boekdeel I. Algemene inleiding en drie toegangspoorten tot het onderzoek**

Boekdeel II. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

Boekdeel III.

- \* De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde. Illustratie a.h.v. het verbod op polygamie
- \* Algemeen besluit
- \* Bijlage

## **Boekdeel I**

# **Algemene inleiding en drie toegangspoorten tot het onderzoek**

**Algemene inhoudstafel**

**Lijst van verkort geciteerde werken**

**Lijst van afkortingen**

### **Deel 1. Algemene inleiding**

Hoofdstuk 1. Werkstelling, werkwijze en werkinstrumenten

Hoofdstuk 2. Indeling van het onderzoek

Hoofdstuk 3. De gelijkheidstoets en het evolutieve karakter van het gelijkheidsbeginsel

### **Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek**

Hoofdstuk 1. De evolutie van het gelijkheidsbeginsel in het Belgische interne recht, met bijzondere aandacht voor het familierecht

Hoofdstuk 2. Beschouwingen omtrent de rol van nationaliteit in het recht, met bijzondere aandacht voor het I.P.R., gevolgd door een voorstel van nieuwe aanknopingsregel voor wat betreft het ontstaan van gezinsleven

Hoofdstuk 3. Gezinshereniging naar nationaal en internationaal recht: enkele inleidende aandachtspunten in het licht van het gelijkheidsbeginsel

## ALGEMENE INHOUDSTAFEL

Dankwoord	I
Verkorte inhoudstafel	III
Lijst van verkort geciteerde werken	XX
Lijst van afkortingen	XXXI

### DEEL 1

#### ALGEMENE INLEIDING

<b>HOOFDSTUK 1. ONDERZOEKSVOORWERP, WERKWIJZE EN WERKINSTRUMENTEN</b>	<b>1</b>
<b>A. Onderzoeksvoorwerp</b>	<b>1</b>
<b>B. Werkwijze</b>	<b>3</b>
B.1. De rechtsonderhorige: een onderscheid op grond van nationaliteit?	
B.2. Een vergelijkende studie binnen en tussen meerdere rechtstakken	
B.3. Het gezinsconcept	
<b>C. Werkinstrumenten</b>	<b>21</b>
C.1. De rechtspraakanalyse	
C.2. Een eclectische, functionele rechtsvergelijking	
C.3. Een louter theoretische benadering	
<b>HOOFDSTUK 2. STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK</b>	<b>28</b>
<b>A. Drie toegangspoorten tot het onderzoek (Deel 2)</b>	<b>28</b>
A.1. Eerste toegangspoort	
A.2. Tweede toegangspoort	
A.3. Derde toegangspoort	
<b>B. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners (Delen 3 en 4)</b>	<b>34</b>
<b>HOOFDSTUK 3. DE GELIJKHEIDSTOETS EN HET EVOLUTIEVE KARAKTER VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL</b>	<b>35</b>

## DEEL 2 DRIE TOEGANGSPOORTEN TOT HET ONDERZOEK

### DEEL 2A.

#### DE EVOLUTIE VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET BELGISCHE INTERNE RECHT, MET BIJZONDERE AANDACHT VOOR HET FAMILIERECHT

<b>INLEIDING .....</b>	<b>37</b>
<b>HOOFDSTUK 1. DE EVOLUTIE VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN DE BELGISCHE REGELGEVING .....</b>	<b>38</b>
<b>A. De evolutie van een formeel naar een materieel gelijkheidsbeginsel .....</b>	<b>38</b>
<b>B. Exemplarische schets van de historische evolutie .....</b>	<b>41</b>
<b>C. Het effect van rechtsverfijning op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel         en de invloed van het Hof voor de Mensenrechten.....</b>	<b>49</b>
C.1. Onterechte rechtsverfijning als bron voor ongelijkheid in het recht	
C.2. Terechte rechtsverfijning als bron voor gelijkheid in het recht	
C.3. Rechtsverfijning bij de invulling van het gezinsconcept	
<b>D. De langzame implementatie van de rechtspraak van het Hof voor de         Mensenrechten en het belang van wetgevend ingrijpen .....</b>	<b>53</b>
D.1. Een trage implementatie van de Europese rechtspraak	
D.2. Het argument van een te extensieve interpretatie door het Hof voor de Mensenrechten	
D.3. Het belang en de risico's van wetgevend ingrijpen in vastgestelde discriminaties	
<b>E. Het gelijkheidscontentieux voor het Arbitragehof.....</b>	<b>63</b>
E.1. Bevoegdheid	
E.2. De toetsingscriteria	
E.3. Verfijningen van de gelijkheidstoets	
E.4. Beperkingen aan de toets wegens de omvang van de saisine	
<b>HOOFDSTUK 2. EEN OVERZICHT VAN KNELPUNTEN IN HET BELGISCHE GEZINSCONCEPT .....</b>	<b>79</b>
<b>A. Inleiding</b>	
<b>B. De invloed van rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten op de notie         'gezinsleven'. Een korte studie van de huidige bescherming van         buitenhuwelijkse tweerelaties .....</b>	<b>83</b>
B.1. De invloed van rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten op de notie 'gezinsleven'	
B.2. Conclusie m.b.t. de inleidende studie van het E.V.R.M.	
<b>C. De invloed van andere non-discriminatiebepalingen .....</b>	<b>92</b>
C.1. Het I.V.R.K.	
C.2. Het I.V.B.P.R.	
C.3. Het Vrouwenverdrag	
C.4. Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie	
<b>BESLUIT DEEL 2A.....</b>	<b>96</b>

## DEEL 2B.

### BESCHOUWINGEN OMTRENT DE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET RECHT, MET BIJZONDERE AANDACHT VOOR HET I.P.R., GEVOLGD DOOR EEN VOORSTEL VAN NIEUWE AANKNOPINGSREGEL VOOR WAT BETREFT HET ONTSTAAN VAN GEZINSLEVEN

#### INLEIDING

<b>HOOFDSTUK 1. DE NATIONALITEIT ALS INSTRUMENT OM FORMELE GELIJKHEID TE BEVORDEREN .....</b>	<b>99</b>
<b>A. Het internationaalrechtelijke verbod van discriminatie op grond van         nationaliteit en de begrensde staatssoevereiniteit inzake nationaliteit.....</b>	<b>99</b>
A.1. Het verbod naar internationaal recht om te discrimineren op grond van de nationaliteit	
A.2. De soevereiniteit van elke Staat om de nationaliteit toe te kennen	
<b>B. Het nationaalrechtelijke verbod van discriminatie op grond van         nationaliteit .....</b>	<b>107</b>
<b>HOOFDSTUK 2. DE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET RECHT IN VRAAG GESTELD</b>	
<b>Inleiding .....</b>	<b>110</b>
<b>A. Bedenkingen omtrent de intrinsieke waarde van nationaliteit .....</b>	<b>112</b>
<b>B. De verwaarloosde multifunctionele rol van nationaliteit in het hedendaagse         recht .....</b>	<b>116</b>
B.1. De verwaarlozing van de multifunctionele rol van nationaliteit in het W.B.N.	
B.2. De verwaarlozing van de multifunctionele rol van nationaliteit buiten het W.B.N.	
<b>C. De tanende invloed van het nationaliteitsbegrip in het I.P.R. ....</b>	<b>121</b>
C.1. Algemene I.P.R.-correctiemechanismen	
C.2. Correcties op het nationaliteitsbeginsel bij multipatridie	
C.3. Correcties op het nationaliteitsbeginsel bij apatridie	
C.4. Het gebrek aan een eenduidige regeling binnen bepaalde aangewezen rechtsstelsels	
C.5. Voorstellen binnen de rechtsleer voor een nieuwe aanknopng	
<b>HOOFDSTUK 3. VOORSTEL VOOR EEN NIEUW AANKNOPINGSCRITERIUM: DE STABIELE VERBLIJFSPOSITIE .....</b>	<b>159</b>
<b>A. Nationaliteit versus gestabiliseerde migratie en integratie.....</b>	<b>159</b>
<b>B. Aanknopingsmethodiek .....</b>	<b>162</b>
<b>C. Voorstel tot invulling van het begrip ‘gestabiliseerde migratie’ .....</b>	<b>167</b>
C.1. De rol van de notie ‘integratie’ voor de invulling van het begrip ‘gestabiliseerde migratie’	

- C.2. Een afbakening a.h.v. de beslissingscriteria in het verblijfs- en nationaliteitsrecht
- C.3. Het voorbehoud van internationale afspraken inzake I.P.R
- C.4. De voorgestelde aanknopingsmechanismen in het ontwerp van codificatie
- C.5. De rol van nationaliteit in het onderzoek

<b>HOOFDSTUK 4. I.P.R.-TECHNIEKEN OM GEZINSCONCEPTEN NAAR BUITENLANDS RECHT EEN PLAATS TE GEVEN BINNEN DE BELGISCHE RECHTSORDE, VOOR RECHTSSITUATIES DIE ZIJN ONTSTAAN VÓÓR DE INGANG VAN HET STABIELE VERBLIJF .....</b>	<b>219</b>
<b>A. Inleiding.....</b>	<b>219</b>
<b>B. Adaptatie .....</b>	<b>223</b>
B.1. Adaptatie in het belang van de werkzaamheid van een buitenlandse rechtsbepaling in de Belgische rechtsorde	
B.2. Adaptatie naar de inhoud van de wet om de sociale doelstelling van de wetgever te verwezenlijken	
<b>C. De equivalentie- en substitutieleer: het gevaar voor een afwending van de term ‘equivalentie’ .....</b>	<b>230</b>
C.1. De begripsverwarring met een adaptatie of een vermomde ongerechtvaardigde substitutie	
C.2. De afwending van de equivalentietechniek om nieuwe klemtonen in het Belgische rechtsdenken een theoretische grondslag te verlenen	
<b>D. Besluit.....</b>	<b>236</b>
<b>BESLUIT DEEL 2B.....</b>	<b>238</b>

**DEEL 2C.**

**GEZINSHERENIGING NAAR NATIONAAL EN INTERNATIONAAL RECHT: ENKELE INLEIDENDE  
AANDACHTSPUNTEN IN HET LICHT VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL**

<b>INLEIDING.....</b>	<b>243</b>
<b>HOOFDSTUK 1. DE NATIONALE IMMIGRATIEPOLITIEK, ONDERWORPEN AAN VERDRAGSRECHTELIJKE BEPALINGEN .....</b>	<b>246</b>
<b>A. Art. 8 en 12 E.V.R.M. en het recht op gezinshereniging .....</b>	<b>249</b>
A.1. De negatieve verplichting van de Lidstaten om geen ongerechtvaardigde inbreuk te maken op het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven en op het recht om te huwen en om een gezin te stichten	
A.2. Art. 8 E.V.R.M. als bron van positieve verplichtingen: de responsabilisering van de Lidstaten voor de redelijkheid van hun eigen gezinsherenigingsbeleid	
<b>B. Art. 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 16 en 18 I.V.R.K. en het recht op gezinshereniging.....</b>	<b>267</b>
B.1. Relevante bepalingen	
B.2. De werkingssfeer van het I.V.R.K.	
<b>C. Het Vluchtelingenverdrag, het Staatlozenverdrag en het recht op     gezinshereniging .....</b>	<b>279</b>
C.1. De erkende vluchteling	
C.2. De kandidaat-vluchteling	
C.3. Voorstellen voor een verruimd recht op gezinshereniging voor erkende vluchtelingen	
C.4. De staatloze	
C.5. Voorstellen uit Europese hoek m.b.t. vreemdelingen met een bijzonder beschermingsstatuut	
<b>D. Het EU-recht en het recht op gezinshereniging .....</b>	<b>287</b>
D.1. Een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit	
D.2. Een ongelijke behandeling van E.U.-onderdanen en gelijkgestelden op grond van de relatievorm: ook naar E.U.-recht is een buitenhuwelijkse tweerelatie niet steeds gezinsleven dat recht geeft op gezinshereniging	
<b>E. Internationale bepalingen zonder rechtstreekse werking .....</b>	<b>319</b>
<b>F. Besluit .....</b>	<b>322</b>
<b>HOOFDSTUK 2. HET BELGISCHE GEZINSHERENIGINGSRECHT: VERSCHIJNINGSVORMEN VAN ONGELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN NATIONALITEIT INZAKE HET RECHT OP GEZINSHERENIGING OP HET NIVEAU VAN DE BINNENKOMST .....</b>	<b>323</b>
<b>A. Inleiding: afbakening van het verdere onderzoek inzake     gezinsherenigingsrecht .....</b>	<b>323</b>

<b>B. Het verschil in behandeling wat betreft de groep van rechthebbenden op gezinshereniging .....</b>	<b>324</b>
<b>C. Het verschil in behandeling wat betreft restricties naar tijd en omvang van de gezinshereniging .....</b>	<b>326</b>
<b>D. Het verschil in behandeling wat betreft de binnenkomstvoorwaarden .....</b>	<b>328</b>
D.1. De voorwaarde van geldige binnenkomstdocumenten	
D.2. Andere binnenkomstvoorwaarden	
<b>HOOFDSTUK 3. VERSCHIJNINGSVORMEN VAN ONGELIJKE BEHANDELING INZAKE HET RECHT OP GEZINSHERENIGING OP HET NIVEAU VAN DE INSCHRIJVING IN HET VREEMDELINGENREGISTER: DE CONTROLE OP DE SAMENWOONST .....</b>	<b>347</b>
<b>A. Beginsel .....</b>	<b>347</b>
<b>B. Rechtvaardiging van de controle .....</b>	<b>348</b>
B.1. Het Arbitragehof en de Raad van State en de rechtvaardiging van het verschil in behandeling	
B.2. De Raad van State en de gerechtvaardigde controletermijn	
<b>C. Overwegingen omtrent de mate waarin de Dienst Vreemdelingenzaken de geldigheid van het huwelijk kan beoordelen .....</b>	<b>350</b>
C.1. De weigering van verblijf op grond van de ontstentenis van samenwoning	
C.2. De weigering van verblijf op grond van vermoed schijnhuwelijk, schijnerkenning of schijnadoptie	
C.3. Het gevaar van een te beperkte controle: na afloop van de samenwoningcontrole is het recht op verblijf definitief verworven, behoudens bij nietigverklaring van de gezinsband die aan het verblijf ten grondslag lag	
C.4. Het verblijfsrechtelijke belang van een vreemdeling bij de toekenning van het voordeel van een putatief huwelijk bij de nietigverklaring van zijn huwelijk	
C.5. De verblijfsrechtelijke bijzondere bescherming van minderjarige kinderen van wie de afstammingsband vervalt	
<b>BESLUIT DEEL 2C .....</b>	<b>365</b>



### DEEL 3

## HET ONTSTAAN VAN GEZINSLEVEN TUSSEN PARTNERS EN ZIJN IMPACT OP HET GEZINSHERENIGINGSRECHT

### INLEIDEND DEEL

<b>INLEIDING.....</b>	<b>369</b>
<b>HOOFDSTUK 1. ONDERZOEK NAAR DE CRITERIA DIE EEN AANKNOPING STUREN .....</b>	<b>369</b>
<b>HOOFDSTUK 2. INPASSING VAN BUITENLANDSE RECHTSFIGUREN IN HET BELGISCHE RECHTSDENKEN .....</b>	<b>370</b>
<b>HOOFDSTUK 3. GELIJKE BEHANDELING ONGEACHT DE NATIONALITEIT VAN INDIVIDUEN EN VAN GEZINSVERBANDEN.....</b>	<b>371</b>
<b>A. Gelijke behandeling in het familierecht.....</b>	<b>372</b>
<b>B. Gelijke behandeling in het gezinsherenigingsrecht .....</b>	<b>373</b>

### DEEL 3A.

## HET ONTSTAAN VAN HUWELIJKS GEZINSLEVEN

<b>INLEIDING.....</b>	<b>375</b>
<b>HOOFDSTUK 1. DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS VAN HUWBARE LEEFTIJD ZIJN .....</b>	<b>377</b>
<b>A. De internrechtelijke bepaling van de huwbare leeftijd .....</b>	<b>377</b>
A.1. Een ongelijke behandeling van man en vrouw tot 1990	
A.2. Naar een ongelijke behandeling van man en vrouw in 1990	
A.3. Evaluatie	
<b>B. De dispensatieregeling.....</b>	<b>381</b>
B.1. Een impliciete maar niet systematische correctie op de ongelijke behandeling	
B.2. Het impact van culturele en religieuze waarden	
B.3. Het impact van de mentale en psychische rijpheid	
B.4. Twee lacunes in de huidige dispensatieregeling	
<b>C. De toepassing van de leeftijdsvoorwaarde op vreemdelingen .....</b>	<b>386</b>
C.1. Leidende vragen	
C.2. De toepassing van de verwijzingsregel en mogelijke afwijkingen	
C.3. Een soepele omgang met de leeftijdsvereiste binnen het I.P.R.	
C.4. Voorstel om de werking van de BIPOO-exceptie in dit verband invulling te geven a.h.v. de criteria van de Belgische dispensatieregeling	
C.5. Evaluatie van het voorstel a.h.v. verdragsrecht met directe werking en rechtsvergelijking	

<b>D. De invloed van leeftijdsbepalingen op en in het verblijfsrecht.....</b>	<b>403</b>
D.1. Gevolgen voor het verblijfsrecht van een nietigverklaring of een weigering om het huwelijk in te schrijven	
D.2. De leeftijdsbepalingen van het huwelijksrecht en het verblijfsrecht zijn niet op elkaar afgestemd	
<b>E. De doorwerking van het privaatrecht in het publiekrecht: de verbondenheid van de problematiek met de bepaling van de algemene burgerlijke meerderjarigheid .....</b>	<b>410</b>
<b>F. BESLUIT .....</b>	<b>412</b>
 <b>HOOFDSTUK 2. DE TOESTEMMINGSVEREISTE .....</b>	 <b>415</b>
<b>A. De huwelijksvereiste van instemming door de ouders met het huwelijk.....</b>	<b>415</b>
A.1. De ouderlijke instemming naar Belgisch intern recht	
A.2. De omgang met de ouderlijke instemmingsvereiste binnen het I.P.R., mede in het licht van internationale verdragsbepalingen	
<b>B. De huwelijksvereiste van instemming door een administratieve overheid met het huwelijk.....</b>	<b>437</b>
B.1. De vereiste naar intern Belgisch recht	
B.2. De vereiste naar buitenlands recht	
B.3. De vereiste naar I.P.R.	
<b>C. De vereiste van een persoonlijke en vrije toestemming door de huwenden .....</b>	<b>446</b>
C.1. Inleiding	
C.2. Het persoonlijke karakter van de toestemming in het huwelijk	
C.3. Het vrije karakter van de toestemming in het huwelijk	
C.4. De onmogelijkheid naar bepaalde buitenlandse rechtsstelsels om het gebrekkige huwelijk te vernietigen	
C.5. Bedenkingen bij de onmogelijkheid om de nietigheid te dekken of het huwelijk achteraf te valideren	
C.6. Besluit: voorstel in het licht van de aanknopingsproblematiek	
 <b>HOOFDSTUK 3. DE VEREISTE DAT ER GEEN VERWANTSCHAPSBELETSELEN RIJZEN .....</b>	 <b>579</b>
<b>A. Inleiding.....</b>	<b>579</b>
A.1. Opzet	
A.2. Onze omgang met buitenlandse gezinsconcepten, getoetst aan de evolutie van de verwantschapsbeletselen o.i.v. een gewijzigd Belgisch gezinsconcept	
<b>B. De klassieke verwantschapsbeletselen.....</b>	<b>593</b>
B.1. Bloed- en aanverwanten	
B.2. Adoptieve verwanten	

<b>C. Huwelijksbeletselen m.b.t. andere vormen van verwantschap.....</b>	<b>611</b>
C.1. Buitenlandse strengere verwantschapsbeletselen en het beginsel van de huwelijksvrijheid	
C.2. Het huwelijksbeletsel van polygamie met onderlinge verwanten	
C.3. Het huwelijksbeletsel van de spirituele verwantschap	
C.4. Het huwelijksbeletsel van de melkverwantschap (rida'a)	
C.5. Het huwelijksbeletsel n.a.v. een pleegsituatie	
<b>D. Besluit.....</b>	<b>631</b>
D.1. Besluit in het licht van het huwelijksrecht	
D.2. Besluit in het licht van het verblijfsrecht	
 <b>HOOFDSTUK 4. DE VEREISTE DAT ER GEEN ANDERE WETTELIJKE BELETSELEN RIJZEN:</b>	
<b>BUITENLANDSE HUWELIJKSBELETSELEN DIE ONBEKEND ZIJN NAAR</b>	
<b>BELGISCH RECHT .....</b>	<b>635</b>
 <b>A. Inleiding.....</b>	<b>635</b>
 <b>B. Criteria naar Belgisch recht en verdragsrecht voor de beoordeling van     huwelijksbeletselen .....</b>	<b>638</b>
B.1. Geen expliciete beoordelingscriteria naar Belgisch recht	
B.2. Beoordelingscriteria naar verdragsrecht: het E.V.R.M., het I.V.B.P.R., de Huwelijksverdragen van 1902, 1964 en 1978, het Vrouwenverdrag, de Europese Verordening en bilaterale Verdragen	
B.3. Voorstel: de techniek van het verbiedende beletsel of de 'verbiedende openbare orde'	
 <b>C. De BIPOO en buitenlandse huwelijksbeletselen.....</b>	<b>653</b>
C.1. Beletselen die tot voor enkele jaren nog in België golden	
C.2. Beletselen die naar Belgisch recht onbekend zijn	
 <b>D. De kwalificatie van buitenlandse gewoonterechtelijke huwelijksbeletselen .....</b>	<b>715</b>
 <b>E. Oneigenlijke beletselen .....</b>	<b>716</b>
E.1. De grondvoorwaarde van de bruidsprijs ( <i>mahr</i> )	
E.2. De vereiste van de geslachtelijke voltrekking van het huwelijk	
E.3. Het huwelijksgevolg van de samenwoningsplicht	
 <b>F. Voorstel m.b.t. de sanctionering van huwelijken die in het buitenland zijn     aangegaan in strijd met buitenlandse grondbeletselen of in toepassing van     onaanvaardbare grondbeletselen.....</b>	<b>731</b>
F.1. Huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan in strijd met aanvaardbare buitenlandse beletselen	
F.2. Huwelijken aangegaan in expliciete navolging van een discriminatoir of onaanvaardbaar beletsel	
F.3. Huwelijken aangegaan in overtreding van een discriminatoir of onaanvaardbaar beletsel	
F.4. Motivering van de voorgestelde benadering van buitenlandse	

- huwelijksbeletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht
- F.5. Motivering van de voorgestelde benadering van Belgische huwelijksbeletselen van openbare orde die onbekend zijn of minder strikt worden toegepast naar buitenlands recht
- F.6. Het ontwerp van I.P.R.-codex houdt vast aan de huidige aanknopingsstechniek
- F.7. De E.U. en de omgang met huwelijksbeletselen van andere EU-Lidstaten

<b>HOOFDSTUK 5. TWEE IMPLICIETE VEREISTEN: DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS NOG IN LEVEN ZIJN EN DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS VAN EEN VERSCHILLEND GESLACHT ZIJN .....</b>	<b>739</b>
<b>A. Inleiding .....</b>	<b>739</b>
<b>B. De vereiste dat beide partners nog in leven zijn.....</b>	<b>740</b>
<b>C. De vereiste dat beide partners van een bepaald en verschillend geslacht zijn .....</b>	<b>740</b>
C.1. De onmogelijkheid naar intern en supranationaal recht voor homoseksuelen om te huwen	
C.2. De mogelijkheid naar buitenlands recht voor homoseksuelen om te huwen	
C.3. De omgang binnen het I.P.R. met een buitenlands homohuwelijk	
C.4. De mogelijkheid voor homoseksuelen om in België te huwen	
C.5. Het homohuwelijk en het recht op gezinshereniging in het E.U.-recht	
C.6. Transseksuelen en het recht om te huwen en gehuwd te blijven	
<b>D. Besluit .....</b>	<b>769</b>
 <b>HOOFDSTUK 6. FORMVEREISTEN VOOR HET HUWELIJK EN DE OMGANG BINNEN HET I.P.R. MET BUITENLANDSE LOUTER RELIGIEUZE HUWELIJKEN EN HUWELIJKEN DIE ZIJN AANGEGAAN IN EEN NAAR BELGISCH RECHT ONBEKENDE VORM .....</b>	 <b>773</b>
<b>A. Inleiding .....</b>	<b>773</b>
A.1. Verantwoording van het onderzoek naar de vormvereisten	
A.2. Het aanknopingscriterium	
<b>B. Bespreking van de vormvereisten bij huwelijkssluiting in België en de vraag naar hun rechtvaardiging .....</b>	<b>776</b>
B.1. Inleiding	
B.2. Vormvereisten voorafgaand aan de huwelijkssluiting: de aangifte van het huwelijk	
B.3. Vormvoorwaarden bij de huwelijksvoltrekking	
<b>C. De erkenning van huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan, met bijzondere aandacht voor het louter religieuze huwelijk en het huwelijk dat is aangegaan in een naar Belgisch recht onbekende vorm.....</b>	<b>838</b>
C.1. Algemene regels	
C.2. De erkenning van het louter religieuze huwelijk dat rechtsgeldig is aangegaan naar buitenlands recht	

C.3. De erkenning van het huwelijk dat is aangegaan in een naar Belgisch recht onbekende vorm, maar rechtsgeldig is aangegaan naar buitenlands recht	
<b>D. Besluit.....</b>	<b>866</b>
D.1. Besluit m.b.t. de vormvereisten bij huwelijkssluiting in België	
D.2. Besluit m.b.t. de beoordeling van de vormvereisten bij de erkenning in België van een buitenlands huwelijk	
<b>E. Samenvatting voorstellen.....</b>	<b>869</b>
E.1. Inleiding	
E.2. Vormvereisten bij huwelijkssluiting in België	
E.3. De erkenning van buitenlandse huwelijken	
<b>HOOFDSTUK 7. HUWELIJK, AFSTAMMING EN GEZINSHERENIGING .....</b>	<b>875</b>
<b>AFDELING 1. HUWELIJK EN GEZINSHERENIGING .....</b>	<b>875</b>
<b>A. Inleiding.....</b>	<b>875</b>
<b>B. Leeftijdsbeperkingen t.a.v. bepaalde gehuwden in het verblijfsrecht.....</b>	<b>876</b>
B.1. Regeling naar intern recht	
B.2. De leeftijdsbepaling in enkele buurlanden	
B.3. Evaluatie	
<b>AFDELING 2. AFSTAMMING EN GEZINSHERENIGING .....</b>	<b>882</b>
<b>A. Gezinshereniging voor minderjarigen op grond van biologische of adoptieve afstamming.....</b>	<b>882</b>
A.1. Inleiding	
A.2. invloed van Belgisch I.P.R. op het recht op gezinshereniging	
A.3. De maximumleeftijd voor gezinshereniging als kind. Over de ongelijke behandeling van E.U.-vreemdelingen en gelijkgestelden enerzijds en derdelanders anderzijds, van derdelanders onderling en van E.U.-vreemdelingen en gelijkgestelden onderling	
A.4. De leeftijdsgrens naar Nederlands, Frans en Duits recht	
A.5. Leeftijdsbegrenzungen naar Europees en internationaal recht	
A.6. Voorstel	
A.7. Regelingen in het licht van de strijd tegen schijnadopties	
<b>B. Gezinshereniging op grond van adoptieplannen voor minderjarigen.....</b>	<b>899</b>
B.1. De praktijk: een machtiging tot voorlopig verblijf voor zes maanden	
B.2. Bedenkingen	
<b>C. Korte vergelijking met de Nederlandse bepalingen in dit verband inzake gezinshereniging .....</b>	<b>902</b>
C.1. Toelating met het oog op adoptie in Nederland	
C.2. Gezinshereniging na adoptie	

<b>D. Gezinshereniging voor meerderjarige kinderen .....</b>	<b>905</b>
D.1. Internrechtelijke regeling	
D.2. Voorstel	
<b>E. Besluit .....</b>	<b>908</b>

## DEEL 3B.

### HET ONTSTAAN VAN BUITENHUWELIJKS GEZINSLEVEN

<b>INLEIDING .....</b>	<b>909</b>
<b>A. De groeiende juridische rol van de (feitelijke) samenwoning .....</b>	<b>909</b>
<b>B. Het dubbele belang van de kwalificatie van buitenhuwelijkse tweerelaties voor het onderzoek .....</b>	<b>912</b>
<b>HOOFDSTUK 1. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE NAAR BELGISCH RECHT.....</b>	<b>914</b>
<b>A. Ontstaansgeschiedenis .....</b>	<b>914</b>
<b>B. De wettelijke samenwoning naar Belgisch recht.....</b>	<b>915</b>
<b>HOOFDSTUK 2. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE NAAR BUITENLANDS RECHT .....</b>	<b>919</b>
<b>HOOFDSTUK 3. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE EN HET I.P.R. ....</b>	<b>925</b>
<b>A. Geen specifieke I.P.R.-regeling naar Belgisch recht: aanknoping bij de nationale wet.....</b>	<b>925</b>
<b>B. Het ontwerp van I.P.R.-codex.....</b>	<b>926</b>
<b>C. I.P.R.-regelingen naar buitenlands recht.....</b>	<b>927</b>
C.1. De mogelijkheid voor vreemdelingen om een geregistreerd partnerschap aan te gaan	
C.2. De erkenning van een buitenlandse partnerschapsregistratie	
<b>D. Voorstel .....</b>	<b>930</b>
D.1. Inleiding	
D.2. Voorstel	
<b>E. Rechtsordes waarvan het statuut voor buitenhuwelijks samenwonenden niet voorziet in een recht op gezinshereniging, hebben voorsnog geen internationaalrechtelijke verplichting in dit verband .....</b>	<b>938</b>

<b>F. Europese impulsen voor een geharmoniseerde aanpak .....</b>	<b>939</b>
F.1. Expliciete impuls: een samenwerkingsverband	
F.2. Impliciete impuls: het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie	
 <b>HOOFDSTUK 4. DE BUITENHUWELIJKE TWEERELATIE EN HET GEZINSHERENIGINGSRECHT.....</b>	<b>942</b>
 <b>A. Het recht op bescherming van het gezinsleven en de vraag naar     gezinshereniging voor de buitenhuwelijkse partner .....</b>	<b>942</b>
A.1. Een nationale of internationale bepaling ter bescherming van gezinsleven beschermt partners in een rechtsorde zonder samenwonersregeling slechts beperkt en mits het een heteroseksuele relatie betreft	
A.2. Een grondwettelijke bescherming van gezinsleven beschermt partners in een rechtsorde met samenwonersregeling beperkt, o.m. op grond van nationaliteit, maar ongeacht de seksuele voorkeur en ongeacht het al dan niet aangaan van het statuut	
A.3. Besluit	
 <b>B. Het EU-verdrag, het recht op vrij verkeer en het recht op gezinshereniging     voor de partner met samenwonersstatuut.....</b>	<b>951</b>
B.1. De beperkte inmenging van het EU-recht	
B.2. De ruime regeling inzake personeel toepassingsgebied van de Belgische omzendbrief van 30 september 1997	
B.3. Mogelijke impulsen van Europees recht	
 <b>C. Het gelijkheidsbeginsel en de verblijfsregeling voor samenwoners.....</b>	<b>958</b>
C.1. Een gerechtvaardigde samenwoningstcontrole	
C.2. Gerechtvaardigde bijkomende binnenkomstvoorwaarden?	
 <b>D. De regeling in Frankrijk, Nederland en Duitsland.....</b>	<b>965</b>
 <b>E. De ontstentenis van een strijd tegen schijnpartnerschappen .....</b>	<b>966</b>
 <b>BESLUIT DEEL 3B .....</b>	<b>968</b>

## DEEL 4

### DE DOORWERKING VAN DE I.P.R.-HUWELIJKSVEREISTEN IN HET GEHEEL VAN DE RECHTSORDE, VOOR DE PARTNERVERHOUDING EN DE VERHOUDING VOLWASSENEN – KINDEREN. EEN ILLUSTRATIE A.H.V. HET VERBOD OP POLYGAMIE

<b>INLEIDING.....</b>	<b>971</b>
<b>HOOFDSTUK 1. DE TOELATING VAN POLYGAMIE IN ENKELE BUITENLANDSE RECHTSSTELSELS .....</b>	<b>975</b>
<b>A. Bespreking van (evoluties binnen) wetgevingen die polygamie toestaan.....</b>	<b>975</b>
A.1. Inleiding	
A.2. Personele wetten die polygamie verbieden	
A.3. Personele wetten die beperkingen stellen aan polygame gezinsvorming	
A.4. Personele wetten die geen beperkingen stellen aan polygame gezinsvorming	
<b>B. Verdragsrechtelijke bepalingen inzake polygamie .....</b>	<b>991</b>
<b>C. Besluit.....</b>	<b>995</b>
<b>HOOFDSTUK 2. BELGISCHE RECHTSPRAAK INZAKE POLYGAMIE: POLYGAMIE IN HET FAMILIERECHT – DE WERKING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL .....</b>	<b>997</b>
<b>Inleiding .....</b>	<b>997</b>
<b>A. Rechtspraak inzake de positie van de echtgenotes in een polygame         gezinssituatie.....</b>	<b>1000</b>
A.1. Het dubbele correctiemechanisme van de verzachte werking van de openbare orde en de Inlandsbeziehung	
A.2. Polygamie en onderhoudsrecht: de werking van het materieel gelijkheidsbeginsel	
<b>B. Rechtspraak inzake de positie van het kind uit een polygaam huwelijk.....</b>	<b>1048</b>
B.1. De wettige afstamming van het kind	
B.2. Onderhoudsgeld ten behoeve van het kind uit een polygaam huwelijk	
B.3. De interactie met het retro-actieve huwelijk	



<b>HOOFDSTUK 3. EVALUATIE EN VOORSTELLEN .....</b>	<b>1059</b>
<b>A. De omgang van het interne recht met verhoudingen tussen Belgen die (naar bepaalde gevolgen) een zekere gelijkenis vertonen met polygamie: de zogenaamde Belgische feitelijke polygamie.....</b>	<b>1059</b>
<b>B. Globale bedenkingen in het licht van het gelijkheidsbeginsel .....</b>	<b>1062</b>
<b>C. Voorstellen in het licht van het criterium ‘stabiel verblijf in België’ .....</b>	<b>1064</b>
C.1. Voorstel ingeval van stabiel verblijfsstatuut	
C.2. Voorstel ingeval van niet-stabiel verblijfsstatuut	
<b>HOOFDSTUK 4. IMPACT OP HET VERBLIJFSRECHT .....</b>	<b>1083</b>
<b>A. Polygamie en de houding van het gezinsherenigingsrecht t.a.v. de echtgenotes .....</b>	<b>1083</b>
A.1. Weigering van gezinshereniging aan één van de echtgenotes	
A.2. Schending van het gelijkheidsbeginsel	
A.3. Voorstellen inzake een recht op voortgezet verblijf voor de tweede echtgenote te goeder trouw	
<b>B. Polygamie en gezinshereniging voor de kinderen van een polygame vader .....</b>	<b>1113</b>
B.1. Discriminatie op grond van geboorte: de ongelijke behandeling van kinderen van een polygame vader die met de andere echtgenote- niet-moeder samenleeft, naargelang ze zijn geboren uit zijn eerste, dan wel zijn tweede huwelijk	
B.2. Discriminatie op grond van de burgerlijke staat van de ouders: de onmogelijkheid van een verblijf met beide polygame ouders in België, ook voor het Belgische kind	
B.3. Discriminatie op grond van nationaliteit: de ongelijke behandeling tussen kinderen uit het tweede polygame huwelijk onderling	
<b>C. Gezinshereniging na beëindiging van de polygame gezinssituatie .....</b>	<b>1127</b>
C.1. Gezinshereniging voor de tweede echtgenote na beëindiging van de polygame gezinssituatie	
C.2. Gezinshereniging voor het kind uit het eerste, dan wel tweede huwelijk na ontbinding of nietigverklaring ervan	
C.3. Het Nederlandse beleid ter zake: een verschillende aanpak in het burgerlijk recht en het verblijfsrecht	
<b>HOOFDSTUK 5. IMPACT OP DE NATIONALITEITSVERWERVING .....</b>	<b>1137</b>
<b>A. Naar Belgisch nationaliteitsrecht.....</b>	<b>1137</b>
<b>B. Naar Nederlands nationaliteitsrecht .....</b>	<b>1138</b>
<b>C. Naar Frans nationaliteitsrecht.....</b>	<b>1139</b>
<b>D. Naar Duits nationaliteitsrecht .....</b>	<b>1140</b>
<b>NABESCHOUWINGEN EN SCHEMA .....</b>	<b>1141</b>

## DEEL 5

### ALGEMEEN BESLUIT

<b>HOOFDSTUK 1. BESLUIT .....</b>	<b>1143</b>
<b>A. Toepassingsmodaliteiten van het gelijkheidsbeginsel .....</b>	<b>1143</b>
<b>B. Streven naar internationale beslissingsharmonie .....</b>	<b>1147</b>
<b>C. Streven naar internrechtelijke beslissingsharmonie.....</b>	<b>1147</b>
<b>D. Streven naar een optimale maar haalbare bescherming van gezinsleven:         eenzelfde connections approach, over de rechtstakken heen .....</b>	<b>1149</b>
<b>E. Een afweging van keuzes met het oog op een humaan, maar tevens         realistisch vreemdelingenbeleid.....</b>	<b>1151</b>
 <b>HOOFDSTUK 2. NEGEN RICHTLIJNEN VOOR HET BELEID .....</b>	 <b>1153</b>

### BIJLAGEN

<b>SAMENVATTING .....</b>	<b>1165</b>
 <b>HOOFDSTUK 1. DOELSTELLINGEN VAN HET ONDERZOEK.....</b>	 <b>1165</b>
<b>A. Rechtvaardiging van het niet-systematische karakter van de gelijkheidstoets .</b>	<b>1165</b>
A.1. Gelijke behandeling met oog voor het belang van een casuïstieke benadering	
A.2. Het niet-systematische karakter van de gelijkheidstoets	
A.3. Naar een betere bescherming van oprecht, geoorloofd gezinsleven	
<b>B. Een eerste beoordelingscriterium in het licht van het gelijkheidsbeginsel: de         eerbiediging van alle feitelijke gezinsleven, door een juridisch correcte         inpassing in Belgisch familierecht .....</b>	<b>1168</b>
<b>C. Een tweede beoordelingscriterium in het licht van het gelijkheidsbeginsel:         het aanknopingsmechanisme.....</b>	<b>1169</b>
C.1. Ons globale aanknopingsvoorstel	
C.2. Toetsing van ons aanknopingsvoorstel aan de verschillende wijzen van gezinsvorming: voorstel voor een overwegende toepassing, met enkele afwijkingen	
 <b>HOOFDSTUK 2. KORTE SAMENVATTING VAN DE ONDERZOEKSRESULTATEN .....</b>	 <b>1174</b>
<b>A. Drie toegangspoorten tot het onderzoek (deel 2) .....</b>	<b>1174</b>
<b>B. Het eigenlijke onderzoek (delen 3-5): Uitkomsten van de gelijkheidstoets .....</b>	<b>1178</b>
B.1. Inleiding	
B.2. De grond- en vormvereisten voor het huwelijk	

- B.3. De buitenhuwelijkse tweerelatie
- B.4. Polygamie

<b>HOOFDSTUK 3. CONCRETE ONDERZOEKSRÉSULTATEN PER HOOFDSTUK.....</b>	<b>1185</b>
<b>A. De grond- en vormvereisten om te huwen .....</b>	<b>1185</b>
A.1. De leeftijd van huwbaarheid en van het recht op gezinshereniging op grond van huwelijk	
A.2. De geldige huwelijkstoestemming en vereiste instemmingen met het huwelijk en hun beoordeling in het verblijfsrecht	
A.3. Buitenlandse verwantschapsbeletselen en hun beoordeling in het verblijfsrecht	
A.4. Buitenlandse beletselen die niet bestaan naar Belgisch recht en hun beoordeling in het verblijfsrecht	
A.5. De impliciete vereisten te leven en van een verschillend geslacht te zijn en hun beoordeling in het verblijfsrecht	
A.6. De vormvoorwaarden voor het huwelijk en hun beoordeling in het verblijfsrecht	
<b>B. De buitenhuwelijkse tweerelatie .....</b>	<b>1198</b>
B.1. Familierecht	
B.2. Gezinsherenigingsrecht	
<b>C. De doorwerking in het huwelijks- en het afstammingsrecht van de wijze waarop wordt omgegaan met een huwelijksbeletsel: het verbod op polygamie.....</b>	<b>1200</b>
C.1. Familierecht	
C.2. Gezinsherenigingsrecht	
<b>BESLUIT.....</b>	<b>1204</b>
<b>TABELLEN....</b>	<b>GEEN PAGINERING</b>
<b>BIBLIOGRAFIE .....</b>	<b>1205</b>
<b>GEDETAILLEERDE INHOUDSTAFEL.....</b>	<b>1239</b>
<b>ZAAKREGISTER.....</b>	<b>1270</b>

## LIJST VAN VERKORT GECITEERDE WERKEN

- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A. (1994) ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A., *Les musulmans face aux droits de l'homme. Religion, droit et politique. Etude et documents*, Bochum, Verlag Dr. Dieter Winkler, 1994, 611 p.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A. en BONOMI A. (1999) ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. A. en BONOMI, A. (eds), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, 353 p.
- ALEN, A. en LEMMENS, P. (1991) ALEN, A. en LEMMENS, P., *Gelijkheid en non-discriminatie égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 228 p.
- AUDIT, B. (1997) en (2000) AUDIT, B., *Droit international privé*, Paris, Economica, uitgave 1997 en uitgave 2000, 973 p.
- BAETEMAN, G. (1993) BAETEMAN, G., *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1993, 1106 p.
- BASTENIER, A. en CARLIER, J.-Y. (1992) BASTENIER, A. en CARLIER, J.-Y. (eds), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 407 p.
- BATIFFOL, H. en LAGARDE, P. (1993) BATIFFOL, H. en LAGARDE, P., *Traité de droit international privé*, Paris, 1993, 656 p.
- BERGMANN en FERID BERGMANN, A. en FERID, M., *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Frankfurt am Main/ Berlin, Verlag für Standesamtswesen, losbl.
- BOULANGER, F. (1992) BOULANGER, F., *Droit civil de la famille, tome 1: Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1992, 385 p.
- BOURDELOIS, B. (1993) BOURDELOIS, B., *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly, 1993, 398 p.
- BREMS, E. (2001) BREMS, E., *Human rights: universality and diversity*, Den Haag, Martinus Nijhoff publishers, 2001, 574 p.
- BRIBOSIA, E. en DARDENNE, E. (1999) BRIBOSIA, E. en DARDENNE, E., MAGNETTE, P. en WEYEMBERGH, A. (eds),

- Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Brussel, Bruylant, 1999, 256 p.
- BUSKENS, L. (1999) BUSKENS, L., *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam, Bulaaq, 1999, 673 p.
- CARLIER, J.-Y. en RIGAUX F. (1992) CARLIER, J.-Y. en RIGAUX F., *Autonomie de la volonté et statut personnel- étude prospective de droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 468 p.
- CARLIER, J.Y. en VERWILGHEN, M. (1992) CARLIER, J.Y. en VERWILGHEN, M. (eds), *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 407 p.
- C.I.E.C. (1978) CONFERENCE INTERNATIONALE D'ETAT CIVIL en CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE, *Actes et documents de la treizième session. Tome III. Mariage*, Den Haag, Imprimerie Nationale, 1978, 317 p.
- C.I.E.C. (losbl.) CONFERENCE INTERNATIONALE D' ETAT CIVILE, *Guide Pratique International de l'Etat Civil*, losbladig.
- COESTER, M. en WALTJEN, D. (1997) COESTER-WALTJEN, D. en COESTER M., *Formation of marriage, reeks International encyclopedia of comparative law. IV: Persons and family*, Tübingen/Dordrecht, Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff, 1997, 121 p.
- Comm. Pers.* GERLO, J., HEYVAERT, A., PAUWELS, J. en SENAËVE, P. (eds), *Personen- en familierecht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, losbl.
- DE BURLET, J. (1987) DE BURLET, J., *Traité de l'Etat civil, II, les relations internationales*, Brussel, Larcier, 1987, 243 p.
- FOBLETS, M.C., HUBEAU, B. e.a. (X) FOGLETS, M.-CL., HUBEAU, B., CUYPERS, D., DE FEYTER, K., TALHAOU, F. en VANHEULE, D. (wisselend editorship), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen, delen 1 tot 8*, Brugge, Die Keure, 1995, 511 p., 1996, 335 p., 1999, 389 p., 2000, 266 p., 2000, 385 p., 2001, 503 p., 2002, 446 p. en 2003, te verschijnen.
- DE HERT, P. (1998) DE HERT, P., *Artikel 8 E.V.R.M. en het Belgisch*

- Recht: de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 375 p.
- DE PAGE, H. en MASSON, J. P. (1990) DE PAGE, H. en MASSON, J. P., *Traité élémentaire de droit civil belge, tome II, les personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, 849 p.
- DEPREZ, J. (1988) DEPREZ, J., "Droit international privé et conflits de civilisations", *Recueil des cours de La Haye* 1988, 19-368.
- DE SCHUTTER, O. (1996) DE SCHUTTER, O., "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 531-553.
- DICEY en MORRIS (2000) COLLINS, L., DICEY, A.V. en MORRIS, J.H.C., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, London, Sweet&Maxwell, 2000, 2 vol.
- DOLLAT, P. (1998) DOLLAT, P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne: enjeux et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1998, 560 p.
- ERAUW, J. (1985) ERAUW, J., *Beginnelsen van internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 334 p.
- ERAUW, J. (1997) ERAUW, J., *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1997, 935 p.
- ERAUW en BOUCKAERT (1993) ERAUW, J., BOUCKAERT, F., CLAEYS, M., LAMBEIN, K., WAUTERS, W. en WYLLEMAN, B., "Overzicht van rechtspraak (1965-1984). Internationaal privaatrecht", *T.P.R.* 1984, 1329-1499.
- ERAUW en FALLON (1998) ERAUW, J., FALLON, M., LIENARD-LIGNY, M., MEEUSEN, J., VAN HOUTTE, H. en WATTE, N., *Voorstel van een ontwerp van wet houdende wetboek van international privaatrecht*, onuitg., 28 februari 1998.
- ESPOSITO, L. (1982) ESPOSITO, L., *Women in Muslim family law*, New York, Syracuse University Press, 1982, 155 p.
- FALLON, M. (1983) FALLON, M., "La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales?", *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 133-148.
- FALLON, M. (1988) FALLON, M., "Chronique de jurisprudence. Les

- conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-1987)", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 193-243.
- FALLON, M. (1991) FALLON, M., "Une chronique anticipée du droit international privé de la famille (1980-2000)", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 475-494.
- FAVART, P. (1989) FAVART, P., "Quelques spécificités maghrébines dans la condition des étrangers", in CARLIER, J.-Y. en VERWILGHEN M., *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, Louvain-la-Neuve/Brussel, Academia/Sybidid, 89, 13-36.
- FOBLETS, M.-CL. (1994) FOBLETS, M.-CL., "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie)", *Rev. dr. étr.* 1994, 125-135.
- FOBLETS, M.-CL. (1996) FOBLETS, M.-CL. (ed.), *Familles-Islam. Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 300 p.
- FOBLETS, M.-CL. (1998) FOBLETS, M.-CL. (ed.), *Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1998, 476 p.
- FOBLETS, M.-CL. (2002) FOBLETS, M.-CL., FOQUE, R. en VERWILGHEN, M. (eds), m.m.v. BOUCKAERT, S. en D'HONDT, S., *Naar de Belgische nationaliteit- Vers la nationalité belge*, Brussel, Bruylant, 2002, 849 p.
- FOHRER, E. (1999) FOHRER, E., *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Brussel, Bruylant, 1999, 110 p.
- FULCHIRON, H. (1999) FULCHIRON, H., *Les étrangers et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1999, 383 p.
- GAUDEMET-TALLON, H. (1991) GAUDEMET-TALLON, H., "La désunion du couple en droit international privé", *Rec. des Cours* 1991, 9-280.
- GRATALOUP, S. (1998) GRATALOUP, S., *L'enfant et sa famille dans les*

- normes européennes*, Paris, L.G.D.J., 1998, 600 p.
- GRAULICH, P. (1978) GRAULICH, P., *Introduction à l'étude du droit international privé*, Luik, Ulg, 1978, 153 p.
- HANOTIAU, B. (1981) HANOTIAU, B., "Examen de jurisprudence de droit international privé. Les personnes et les relations familiales (1974-1979)", *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 235-262.
- HEYVAERT, A. (1982) HEYVAERT, A., "De grenzen van de gezinsautonomie in de internationale openbare orde in België", *R.W.* 1981-82, 2222-2242.
- HEYVAERT, A. (1991) HEYVAERT, A., *Belgisch internationaal privaatrecht - een inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 270 p.
- HEYVAERT, A. (1992) HEYVAERT, A., "Het gelijkheidsbeginsel in het Belgisch internationaal huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht", *R.W.* 1991-92, 194-202.
- HEYVAERT, A. (1995) HEYVAERT, A., "De gezinsrechtelijke situatie van Marokkanen met vast verblijf in België", in DEFEYTER, K., FOBLETS, M.-CL. en HUBEAU, B., *Migratie- en migrantenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 287-337.
- JAULT-SESEKE, F. (1996) JAULT-SESEKE, F., *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J. 1996, 425 p.
- JESSURUN D'OLIVEIRA, H. U. (1998) JESSURUN D'OLIVEIRA, H. U., *Het migratierecht en zijn dynamiek: het artefact van het schijnhuwelijk*, Deventer, Kluwer, 1998, 60 p.
- JORENS, Y. (1997) JORENS, Y., *De rechtspositie van niet-EU-onderdanen in het Europese Socialezekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1997, 824 p.
- JULIEN-LAFERRIERE, F. (1992) JULIEN-LAFERRIERE, F., "Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale?", *D. (Fr.)* 1992, Chron., 291-295.
- KARAGIANNIS, S. (1999) KARAGIANNIS, S., "Expulsions des étrangers... jurisprudence européenne", *Rev. Trim.D.H.* 1999, 33-88.
- KEGEL, G. (1995) KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*, München, 1995, 943 p.



- KROPHOLLER, J. (1997) KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, 625 p.
- LABAYLE, H. (1993) LABAYLE, H., "Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes", *Rev. fr. dr. adm.* 1993, 511-540.
- LAGARDE, P. (1986) LAGARDE, P., "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *Rec. Cours* 1986, 9-238.
- LAGARDE, P. (1993) LAGARDE, P., "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 263-282.
- LENAERTS, K. (1986) LENAERTS, K., "Kroniek van het internationaal privaatrecht (1980-1985) (eerste deel)", *R.W.* 1986-87, 1857-1908.
- LENAERTS, K. (1989) LENAERTS, K., "Kroniek van het internationaal privaatrecht (1985-1989) (eerste deel)", *R.W.* 1989-90, 902-920.
- LIENARD-LIGNY, M. (1992) LIENARD-LIGNY, M., "Jurisprudence belge de droit international privé: 1980-1990, choix de décisions", *R.B.D.I.* 1992, 136-163.
- LIENARD-LIGNY, M. (1995) LIENARD-LIGNY, M., "Jurisprudence belge de droit international privé. Nationalité et relations familiales 1990-1994 - choix de décisions", *R.B.D.I.* 1995, 694-730.
- LINANT DE BELLEFONDS, Y. (1973) LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de droit musulman comparé III. Filiation, incapacités, libéralités entre vifs*, Paris/Den Haag, Mouton, 1973, 467 p.
- LOUIS, B. (1993) LOUIS, B., "Une distinction nécessaire dans l'Etat-nation: la Communauté-nation et l'Etat-citoyenneté", *R.I.E.J.* 1993, 25-53.
- LOUSSOUARN, Y. en BOUREL, P. (1993) LOUSSOUARN, Y. en BOUREL, P., *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1993, 680 p.
- MARTIN, D. en GUILD, E. (1996) MARTIN, D. en GUILD E., *Free movement of persons in the European Union*, Londen/Edinburgh, Butterworths, 1996, 416 p.
- MASSON, J.-P. en DE PAGE, P. (1997) MASSON, J.-P. DE PAGE, P. en

- HIERNAUX, G., *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation*, Gent, Story-Scientia, 1997, 305 p.
- MAYER, P. (1977) en (1994)      MAYER, P., *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1977, 758 p. en 1994, 707 p.
- MEEUSEN, J. (1997)      MEEUSEN, J., *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 563 p.
- MERCIER, P. en FLATTET, G. (1972)      MERCIER, P. en FLATTET, G., *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Genève, Droz, 1972, 121 p.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T. (1990)      MEULDERS-KLEIN, M.-T., *Adoption et formes alternatives d'accueil: droit belge et droit comparé*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 331 p.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T. (1992)      MEULDERS-KLEIN, M.-T. (ed.), *La convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Louvain La Neuve, s.n., 1992, z.p.
- M'SALHA, M. (1999)      M'SALHA, M., *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, 1999, 280 p.
- MULDER, L. (1993)      MULDER, L., *Minderheden als nieuwe bevolkingsgroepen. De verwezenlijking van gelijkheid en verscheidenheid*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1993, 315 p.
- NASIR, J. J. (1990)      NASIR, J. J., *The status of women under Islamic law and under modern islamic legislation*, Londen, Graham and Trotman, 1990, 328 p.
- NYS, M. (2002)      NYS, M., *L'immigration familiale à l'épreuve du droit, Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, Brussel, Bruylant, 2002, 665 p.
- PALM-RISSE, F. (1990)      PALM-RISSE, F., *Der Völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 411 p.
- PALSSON, L. (1974)      PALSSON, L., *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, A.W. Seithoff, 1974, 345 p.
- PALSSON, L. (1981)      PALSSON, L., *Marriage in comparative conflict of laws: substantive conditions*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, 388 p.

- PAMBOUKIS, C. (1993) PAMBOUKIS, C., *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, 360 p.
- PANIER, C. (1993) PANIER, C., "Inédits de droit de la famille VI-1. Mariage, état civil, divorce", *J.L.M.B.* 1993, 218-238.
- PATTI, S. en MLADENOVIC, M. (1998) PATTI, S. en MLADENOVIC, M., *The family in post-socialist countries, reeks International encyclopedia of comparative law. deel 4: Persons and family*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 151 p.
- POUSSON-PETIT, J. (1981) POUSSON-PETIT, J., *Le démariage en droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*, Brussel, Larcier, 1981, 680 p.
- POUSSON-PETIT, J. (1997) POUSSON-PETIT, J. (ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, 421 p.
- RIGAUX, F. en FALLON, M. (1993) RIGAUX, F. en FALLON, M., *Droit international privé II. Droit positif belge*, Brussel, Larcier, 1993, 923 p.
- RIMANQUE, K. (1995) RIMANQUE, K., "Het gelijkheidsbeginsel : gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?", in DEFYTER, K., FOLETS, M. CL. en HUBEAU, B. (1995), 265-285.
- RIMANQUE, K. (1992) RIMANQUE, K., "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992, 6-15.
- RUBELLIN-DEVICHI, J. e.a. (1990) RUBELLIN-DEVICHI, J., COMMAILLE, J. en MEULDERS-KLEIN, M. T., *Des concubinages dans le monde*, Paris, CNRS, 1990, 284 p.
- RUTTEN, S. (1997) RUTTEN, S., *Erven naar Marokkaans recht. Aspecten van Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepasselijkheid van Marokkaans erfrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 345 p.
- RUTTEN, S. (1989) RUTTEN, S., *Moslims in de Nederlandse rechtspraak. Een inventarisatie van gepubliceerde rechterlijke beslissingen in zaken waar islamitische rechtsnormen en waarden een rol spelen 1973-1986*, Kampen, Kok, 1988, 341 p.

- SAROLEA, S. (1997) SAROLEA, S., "Chronique de jurisprudence de droit international privé. La personne et les relations familiales (1988-1996)", *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 7-81.
- SAROLEA, S. (1996) SAROLEA, S., "L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 141-163.
- SHAHEEN SARDAR, A. (2000) SHAHEEN SARDAR, A., *Gender and Human Rights in Islam and International Law. Equal Before Allah, Unequal Before Man?*, Den Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, 358 p.
- STAPLES, H. (1999) STAPLES, H., *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*, Den Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 1999, 418 p.
- THEUNIS, J. (1997) THEUNIS, J., "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen", in X., *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Gent, Mys en Breesch, 1996-97, 129-181.
- TRAEST, M. (2002) TRAEST, M., *De verhouding van de Europese Gemeenschap tot de Conferentie van Den Haag voor het Internationaal Privaatrecht. Een vergelijkende analyse van hun wederzijdse beïnvloeding, interferentie en hun bijdrage tot de integratie van het internationaal privaatrecht*, Gent, R.U. Gent, 2002, 628 p.
- VAN DEN EECKHOUT, V. (1995) VAN DEN EECKHOUT, V., "Navigeren doorheen Belgische, internationaal privaatrechtelijke en Marokkaanse kanalen: sturing van huwelijkse vaderlijke afstamming", *T. Vreemd.* 1995, 339-388.
- VAN DEN EECKHOUT, V. (1996) VAN DEN EECKHOUT, V., "Het schurend scharniertje. Internationaal privaatrecht als draaischijf van de rechtspositie van vreemdelingen", *R.W.* 1995-96, 33-40.
- VAN DEN EECKHOUT, V. (1998) VAN DEN EECKHOUT, V., "Rechtspraak op glad ijs: navolging van (rechts-)culturele tradities als aanduiding van een reële huwelijks wil", (noot onder Rb. Brussel 9 april 1997), *E.J.* 1998, 47-52.

- VAN DEN EECKHOUT, V. (doct.) VAN DEN EECKHOUT, V., *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht - Een analyse vanuit de invalshoek van de nationaliteitsgemengde partnerverhouding*, Antwerpen/Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 340 p.
- VAN DEN EECKHOUT, V. (2000) VAN DEN EECKHOUT, V., "De wisselwerking tussen materieel recht en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?", *R.W.* 1999-2000, 1249-1265.
- VAN DE VELDE, J. (losbl.) VAN DE VELDE, J., *Internationale burgerlijke stand: praktische informatie betreffende het persoonlijk statuut van vreemdelingen (Oranjeboek)*, Brugge, Vanden Broele, losbl.
- VAN DIJK, G. en VAN HOOFF, P. (1998) VAN DIJK, G. J. H. en VAN HOOFF, P., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag/London/Boston, Kluwer, 1998, 850 p. (we verwijzen eveneens meermaals naar de uitgave van 1982: (1982))
- VAN HECKE, G. en LENAERTS, K. (1989) VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 435 p.
- VAN HECKE, G. en RIGAUX, F. (1982) VAN HECKE, G. en RIGAUX, F., "Examen de jurisprudence (1976 à 1980). Droit international privé (conflits de lois)", *R.C.J.B.* 1982, 386-421.
- VAN HECKE, G. en RIGAUX, F. (1991) VAN HECKE, G. en RIGAUX, F., "Examen de jurisprudence (1981 à 1990). Droit international privé (conflits de lois)", *R.C.J.B.* 1991, 143-183.
- VANHEULE, D. (1996) VANHEULE, D., "Raakpunten van het vreemdelingen- en het burgerlijk recht", in X., *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht, cyclus Willy Delva*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 361-421.
- VAN WALSUM, S. (1999) VAN WALSUM, S., "De feitelijke gezinsband onder de loep genomen", *Migrantenrecht* 1999, 147-152.
- VAN WALSUM, S. (2000) VAN WALSUM, S., "De feitelijke gezinsband onder de loep genomen (deel II)", *Migrantenrecht* 2000, 10-18.
- VAN HECKE, G. en LENAERTS, K. (1989) VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia,

- 1989, 435 p.
- VASSEUR-LAMBRY, F. (2000) VASSEUR-LAMBRY, F., *La famille et la Convention européenne des Droits de L'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 522 p.
- VERHELLEN, J. (1998) ERAUW, J., CLAEYS, M., LAMBEIN, K., ROOX, K. en VERHELLEN, J., "Internationaal privaatrecht en Nationaliteitsrecht 1993-1998", *T.P.R.* 1998, 1391-1409 en 1421-1445.
- VERWILGHEN, M. e.a. (1991) VERWILGHEN, M., DEBROUX, C. en CARLIER, J. Y., *L'adoption internationale en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1991, 216 p.
- VERWILGHEN, M. (1984) VERWILGHEN, M. (ed.), *Nationalité et statut personnel. Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J. 1984, 592 p.
- VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, A. (1991) VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, A. C. M., *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint BV, 1991, 338 p.
- VON BAR, C. (1991) VON BAR, C., *Internationales Privatrecht*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, 565 p.
- WILLEKENS, H. (1991) WILLEKENS, H., *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Een theoretische verkenning*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 515 p.

## LIJST VAN AFKORTINGEN

A.A.	Ars Aequi: juridisch studentenblad (Ndl.)
Aangeh.	reeds eerder (onverkort) aangehaald
a.h.v.	aan de hand van
A.J.D.A.	Actualité juridique: droit administratif
Ann. Dr. Louv.	Annales de Droit de Louvain
B.I.P.O.O.	Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde
BverfG.	Bundesverfassungsgericht
BverfGE.	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.F.L.Q.	Child and Family Law Quarterly
C.I.E.C.	Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (Commission internationale de l'Etat Civil), met zetel in Genève
Comm. Pers.	Artikelsgewijze commentaar personen- en familierecht
D.	Recueil périodique Dalloz
D&R	Décisions et Rapports
ECOSOC	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
Ed(s)	editor(s)
E.E.R.	de Europese Economische Ruimte
E.H.R.L.R.	European Human Rights Law Review
E.H.R.R.	European Human Rights Reports
E.J.	Echtscheidingsjournaal
E.L.J.	European Law Journal
E.L.R.	European Law Review
E.U.	de Europese Unie
E.V.R.M.	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
F.J.R.	Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht (Ndl.)
F.L.Q.	Family Law Quarterly
H.R.Q.	Human Rights Quarterly
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
I.V.B.P.R.	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
I.V.R.K.	Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind
I.V.U.R.	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie
J.C.P.	Juris-classeur périodique – La Semaine juridique. Edition générale (fr.)
J.D.I.	Journal de droit international
J.D.J.	Journal du droit des jeunes
J.T.	Journal des tribunaux
Jur. H.v.J.	Jurisprudentie van het Hof van Justitie en van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen

I.c.	<i>loco citato</i>
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
m.b.v.	met behulp van
m.b.t.	met betrekking tot
M.J.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
M.R.	Migrantenrecht (Ndl.)
n.a.v.	naar aanleiding van
N.I.P.R.	Nederlands internationaal privaatrecht
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
Nemesis	Nemesis: tijdschrift over vrouwen en recht (Ndl.)
N.I.L.R.	Netherlands International Law Review
N.I.P.R.	Nederlands Internationaal Privaatrecht
N.J.B.	Nederlands Juristenblad
N.J.C.M.	Bulletin van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten
N.J.W.	Neue Juristische Wochenschrift
N.Q.H.R.	Netherlands Quarterly of Human Rights
o.c.	<i>opus citatum</i>
o.i.	onzes inziens
onuitg.	(nog) onuitgegeven rechtspraak
PB.	Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen
Serie A	Publications of the European Court of Human Rights, Serie A, Köln, Carl Heymanns Verlag, K.G.
Plein Dr.	Plein Droit (Fr.)
RabelZ.	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
R.C.D.I.P.	Revue critique de droit international privé
R.D.H.	Revue des droits de l'homme
R.D.I.D.C.	Revue de droit international et de droit comparé
Rec. Cass.	Recente arresten van het (Belgische) Hof van Cassatie
Rec. Cours	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
Rép. Not.	Répertoire du Notariat Defrénois
Rev. dr. étr.	Revue du droit des étrangers
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.T.D. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
Rev. trim. dr. fam.	Revue trimestrielle de droit familial
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.U.D.H.	Revue universelle des droits de l'homme
R.W.	Rechtskundig Weekblad
t.	tegen
T.B.B.R.	Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht
t.g.v.	ten gevolge van
T.J.K.	Tijdschrift voor jeugd- en kinderrechten



T.P.R.	Tijdschrift voor Privaatrecht
U.V.R.M.	Universele Verklaring van de rechten van de mens
Vgl.	Vergelijk
Vrouwenverdrag	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen
W.B.N.	Wetboek van de Belgische Nationaliteit
W.P.N.R.	Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht

## Deel 1. Algemene inleiding

Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek

Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

Deel 4. De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde, t.a.v. de partnerverhouding en de verhouding volwassenen – kinderen. Een illustratie a.h.v. het verbod op polygamie en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

Deel 5. Algemeen besluit

Bijlage

# Deel 1

## Algemene inleiding

Hoofdstuk 1. Werkstelling, werkwijze en werkinstrumenten

Hoofdstuk 2. Indeling van het onderzoek

Hoofdstuk 3. De gelijkheidstoets en het evolutieve karakter van het gelijkheidsbeginsel

*"Les politiques familiales devraient tenir compte de la pluralité de structures familiales et de leurs besoins spécifiques"*<sup>1</sup>

## HOOFDSTUK 1. ONDERZOEKSVOORWERP, WERKWIJZE EN WERKINSTRUMENTEN

### A. ONDERZOEKSVOORWERP

1. Onze meest fundamentele rechtsbeginselen nopen ertoe om t.a.v. rechtsonderhorigen zonder onderscheid een gezinsconcept te hanteren dat consequent wordt doorgetrokken in elk rechtsdomein, tenzij een afwijkende invulling van het concept objectief kan worden gerechtvaardigd. Deze stelling hanteren we als een rode draad doorheen onze studie. Ze beslaat een ruim werk- en denkveld.

2. We weten dat de doelstelling voorsnóg in het interne recht t.a.v. Belgen niet volledig is gerealiseerd, meer nog, niet algemeen centraal wordt gesteld<sup>2</sup>.

Terwijl bv. in bepaalde sectoren van het socialezekerheidsrecht buitenhuwelijks samenwonenden, soms ongeacht het feit of het homo- of heteroseksuelen betreft, gelijk worden behandeld als gehuwden, is dat in andere sectoren (nog) niet het geval<sup>3</sup>. Het huwelijk is pas recent opengesteld voor homoseksuelen<sup>4</sup>. Voorheen werd nochtans reeds erkend dat homoseksuelen eenzelfde intentie tot wederzijdse rechten en plichten kunnen hebben als heteroseksuele huwelijkskandidaten<sup>5</sup>. De tweouderadoptie blijft voorbehouden aan gehuwde heteroseksuele<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Aanbeveling 94(14) van de Ministerraad van de Raad van Europa van 22 november 1994 'concernant les politiques familiales cohérentes et intégrées', in een bijlage bij basisbeginsel 6.

<sup>2</sup> Voor een mooi overzicht hierover: B. VAN BUGGENHOUT, "Individualisering en gezinsmodalisering. Technieken van gezinsmodalisering en elementen voor een vernieuwd beleid", in B. CANTILLON e.a. (ed.), *Actuele uitdagingen voor de sociale zekerheid*, Brugge, Die Keure, 1990, 139-157.

<sup>3</sup> Bv. de pensioensector: hierover A. UYTENHOVE, "Het gezinsbegrip binnen de Belgische sociale zekerheid. Enkele bemerkingen", (noot onder Arbrb. Brugge 14 juni 1999), *A.J.T.* 1999-00, 525. Zie ook de regeling van de rente na dodelijk arbeidsongeval of dodelijke beroepsziekte. Ook binnen eenzelfde sector treden soms verschillen op. Zo geeft elke samenwoning met een derde aanleiding tot kwalificatie als 'samenwonende', wat slechts recht geeft op een lager bedrag dan het bedrag voor alleenstaanden (en eenzelfde bedrag als dat voor gehuwden), maar worden de middelen van de homoseksuele partner niet automatisch aangerekend, terwijl bij huwelijk of feitelijke samenwoning met een persoon van verschillend geslacht wettelijk wordt vermoed dat er sprake is van een kostendelende gemeenschap.

<sup>4</sup> Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 28 februari 2003.

<sup>5</sup> Zie de wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning, *B.S.* 12 januari 1999. Deze trekt slechts een beperkt aantal van de persoonlijke gevolgen van het huwelijk door naar de buitenhuwelijks wettelijke samenwoning. Slechts art. 215, 220 §1, 221, eerste lid, 222 en 224 §1, 1° B.W., zien hun werkingssfeer uitgebreid tot buitenhuwelijks tweerelaties (art. 1477 B.W.). Er is geen specifiek vermogensrechtelijk regime uitgewerkt (scheiding van goederen en onverdeeldheid bij bewijsmoeilijkheden, zoals bij elke feitelijke samenwoning: art. 1478 B.W.), evenmin als een specifieke afstammings- of adoptieregeling. Ook de beëindiging van de tweerelatie is geregeld op beduidend summierdere wijze.

koppels<sup>7</sup>. Wetgever en rechter nemen vooralsnog in bepaalde omstandigheden aan dat een ongelijke behandeling geen rechtvaardiging behoeft wegens de onvergelykbaarheid van de aangevoerde situaties<sup>8</sup>. In de enkele gevallen waarbij vooralsnog de vraag naar discriminatie werd opgeworpen, werd die in algemene bewoordingen gesteld, zonder nuancering naargelang de buitenhuwelijkse tweerelatie al dan niet de vorm aannam van een wettelijke samenwoning. Het Arbitragehof achtte het *in casu* niet aangewezen om die nuancering zelf te maken, omdat het daarmee buiten de grenzen van de saisine zou treden<sup>9</sup>. Het oordeelde overigens dat het hoe dan ook “niet in de plaats van de wetgever (kan) oordelen in een aangelegenheid die een dergelijke evolutie doormaakt”<sup>10</sup>.

3. Onze stelling biedt m.a.w. ongetwijfeld reeds voldoende stimuli om in de louter interne rechtssfeer de gezinsconcepten die in de onderscheiden rechtstakken worden gehanteerd tegen elkaar af te wegen.

4. We spitsen ons onderzoek evenwel toe op het gezinsconcept dat ten aanzien van vreemdelingen wordt gehanteerd. Daarbij zullen we tevens aandacht hebben voor het internrechtelijke gezinsconcept en zijn recente en huidige evoluties, als toetssteen in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

5. Ten aanzien van vreemdelingen stelt het fenomeen van de verschillende gezinsconcepten zich minstens even duidelijk.

We kunnen er niet omheen dat belangrijke overwegingen van sociale, politieke of ook economische aard vaak een verklaring bieden voor vormen van ongelijke behandeling die we in dit onderzoek zullen aankaarten<sup>11</sup>.

De vraag rijst evenwel of deze verklaringen een objectieve, redelijke en proportionele verantwoording vormen voor een verschil in behandeling. Wegens de ruime invloedssfeer van een beslissing t.a.v. vreemdelingen – een keuze binnen het

---

<sup>6</sup> Bij Wet van 13 februari 2003 is geen adoptie door homoseksuele koppels mogelijk gemaakt.

<sup>7</sup> Art. 346 B.W.

<sup>8</sup> Zie de rechtspraak van het Arbitragehof waarbij de ongelijke behandeling van gehuwde en ongehuwde samenwonenden gerechtvaardigd wordt bevonden gezien de centrale rol van de huwelijkse hulp- en bijdrageplicht in de voorliggende vraag. Deze plichten worden evenwel ook aan wettelijk samenwonenden opgelegd. De gegeven motivering biedt daarom voor hun verschillende behandeling o.i. geen voldoening.

<sup>9</sup> O.m. Arbitragehof nr. 137/2000 van 21 december 2000, B.S. 9 maart 2001 (m.b.t. de rente na dodelijk arbeidsongeval).

<sup>10</sup> Arbitragehof nr. 137/2000 van 21 december 2000, B.S. 9 maart 2001: “Het staat aan de wetgever te beslissen of, en in hoeverre, de personen die een levensgemeenschap vormen dienen te worden behandeld zoals de gehuwde paren wat de arbeidsongevallen betreft”. Het Hof verwees nochtans – wat weinig genuanceerd o.i. – naar “de recente wetswijzigingen waarbij de samenwonenden juridisch gelijk worden gesteld met de echtgenoten”. Het heeft m.a.w. gemeend in één enkele zin te kunnen stellen dat de familierechtelijke regeling op een gelijkberechtiging in het familierecht neerkomt, en dat de ‘aangelegenheid’ nog een hele evolutie doormaakt. Ook al blijken het familierechtelijke en het sociaalrechtelijke gezinsconcept inderdaad niet volledig bij elkaar aan te sluiten – deze vaststelling werken we verder uit in deze studie –, *in casu* is er alle reden toe om de wettelijke samenwoners wél gelijk te behandelen als gehuwden, aangezien de toekenning van de rente na dodelijk arbeidsongeval is geïnspireerd op een burgerrechtelijke plicht die beide categorieën betreft: de hulp- en bijstandplicht.

<sup>11</sup> Zie o.m. de bespreking van het gezinsherenigingsrecht in de derde toegangspoort.

familierecht heeft onvermijdelijk gevolgen op o.m. verblijfs- en

socialezekerheidsrechtelijk vlak<sup>12</sup> – vormt de afweging van belangen in het kader van de gelijkheidstoets een secure evenwichtsoefening. Deze oefening heeft ongetwijfeld niet één heiligmakende uitkomst, maar kan naargelang de klemtonen die *in casu* worden gelegd, binnen bepaalde grenzen aanleiding geven tot verschillende opties. Onze doelstelling bestaat erin deze grenzen af te tasten met als richtsnoer een waarde die het verdient om in elke democratische samenleving hoog in het vaandel te worden gedragen: elke rechtsonderhorige verdient een gelijkwaardige bescherming van zijn gezinsleven. Deze moet de artificiële grenzen van de rechtsordes, en daarbinnen ook de rechtstakken, overschrijden.

## B. WERKWIJZE

6. De zoektocht naar een gelijkwaardige bescherming start op het kruispunt van drie begrippen: dat van de rechtsonderhorige, de indeling van het recht in rechtstakken en het gezinsconcept. We gaan vervolgens na waar deze begrippen elkaar in ons onderzoek ontmoeten.

### B.1. DE RECHTSONDERHORIGE: EEN ONDERSCHIED OP GROND VAN NATIONALITEIT?

#### B.1.A. HET HUIDIGE VERSCHIL IN BEHANDELING OP GROND VAN NATIONALITEIT

7. De rechtsonderhorige is in ons onderzoek “de vreemdeling”. In juridische termen onderscheidt deze zich van een Belg op grond van zijn nationaliteit. De nationaliteit vervult ontegensprekelijk een centrale rol in ons hele rechtstelsel, rechtstreeks of onrechtstreeks. Ze vormt een belangrijke factor om te bepalen onder welke voorwaarden een persoon tot het verblijf kan worden toegelaten<sup>13</sup>. Bepaalde aanspraken zijn slechts toegankelijk voor Belgen (zoals de politieke rechten), andere slechts voor Belgen en bepaalde categorieën van vreemdelingen, vaak opnieuw op grond van hun nationaliteit (bv. het verblijf, het leefloon<sup>14</sup>).

8. In meerdere onderzoeken is inmiddels de vraag naar voren geschoven in hoeverre het criterium van de nationaliteit nog relevant is om de participatie van burgers aan het interne rechtsverkeer afhankelijk van te stellen<sup>15</sup>. Het nationali-

<sup>12</sup> Het belang van deze interferentie is recent eveneens benadrukt door V. VAN DEN EECKHOUT, “Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een twee-sporenbeleid”, *Nemesis* 2002, 75-88, sp. 76, 83 en 87-88.

<sup>13</sup> Zowel in het licht van het vrij verkeer van personen *sensu stricto* als in het licht van de gevolgen van dit beginsel voor het gezinsherenigingsrecht. Hierover meer in de derde toegangspoort (cf. *infra*, deel 2C, hoofdstukken 2 en 3).

<sup>14</sup> Wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie en K.B. van 11 juli 2002 houdende het algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie, B.S. 31 juli 2002 (zie ook K.B. van 11 juli 2002 tot opheffing van het koninklijk besluit van 9 februari 1999 genomen tot uitvoering van artikel 2, § 5, eerste lid, van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum, B.S. 31 juli 2002).

<sup>15</sup> B. LOUIS, “2000-2001: Odyssée de la nationalité et de la citoyenneté en Belgique”, in M.-C.

teitsrecht is bij zijn laatste wijziging dusdanig versoepeld dat een louter onrechtstreekse band met België in sommige gevallen<sup>16</sup> volstaat om de Belgische nationaliteit te verwerven. De criteria om Belg te worden door naturalisatie zijn volledig geobjectiveerd. Integratie noch integratiebereidheid worden voortaan nog getoetst<sup>17</sup>. De procedure behoudt weliswaar de uiterlijke kenmerken van een discretionaire begunstiging. In de feiten lijkt de naturalisatie evenwel tot een recht te zijn geworden, mits een zekere verblijfsduur kan worden voorgelegd<sup>18</sup>. In een tweede toegangspoort gaan we nader in op deze vraag naar de functie die nog voor het nationaliteitscriterium is weggelegd.

9. Niet alleen de evoluties binnen het nationaliteitsrecht zélf laten toe om de rol van de notie opnieuw te bevragen. Ook wordt in het internationaal privaatrecht sinds enkele jaren discussie gevoerd over de vraag bij welk recht het best wordt aangeknoopt voor wat betreft de staat van de persoon<sup>19</sup>. Een aanknoping bij de *lex patriae* leidt tot een verschil in behandeling op grond van nationaliteit. Het gelijkheidsbeginsel noopt ertoe om die ongelijke behandeling te rechtvaardigen door objectieve elementen, meer bepaald door de vaststelling dat wordt aangeknoopt bij het recht waarmee de betrokkene zich het nauwst verbonden voelt. Deze vaststelling heeft aan de grondslag gelegen van de historische keuze voor de aanknopingsregeling die tot op vandaag in België geldt. Of die keuze vandaag nog gerechtvaardigd is, wordt evenwel meer en meer in vraag gesteld, voornamelijk o.i.v. de toegenomen mobiliteit<sup>20</sup>.

---

FOBLETS, R. FOQUÉ en M. VERWILGHEN (ed.), m.m.v. S. BOUCKAERT en S. D'HONDT, *Devenir Belge - Naar de Belgische nationaliteit*, Brussel, Bruylant, 2002, 477-504; B. LOUIS, "Une distinction nécessaire dans l'Etat-nation: la Communauté-nation et l'Etat-citoyenneté", *R.I.E.J.* 1993, 23-52.

<sup>16</sup> Bv. loutere afstamming van een Belg: art. 12bis § 1, 2° W.B.N.

<sup>17</sup> De wetgever gaat ervan uit dat wil tot participatie een voldoende bewijs biedt van integratie. Hoe verhouden zich evenwel beide noties? Is participatie niet een noodzakelijkheidsvoorwaarde voor integratie, zodat er zonder het ene geen sprake kan zijn van het andere?

<sup>18</sup> Hierover: S. D'HONDT, "Het integratiecriterium: hoe is de toets aan de integratie geregeld in de wetgeving van de Europese lidstaten?", in M.-C. FOGLETS, R. FOQUÉ en M. VERWILGHEN (ed.), *I.c.*, 249; B. RENAULD, "Cent fois sur le métier, remets ton ouvrage... Analyse critique de la loi du 11er mars 2000", *I.c.*, 123; M.-CL. FOGLETS, "Een nieuw nationaliteitsrecht? Enkele besluiten", *I.c.*, 548.

<sup>19</sup> ERAUW en FALLON (1998); J. MEEUSEN (1997); V. VAN DEN EECKHOUT (doct.) e.a.

<sup>20</sup> M. TRAEST (2002), 439, werkt terecht de redenering uit dat een toepassing van de *lex patriae* op vreemdelingen die eveneens banden hebben met andere rechtsordes, niet discriminatoir kan worden bevonden. Anders oordelen zou inhouden dat het internationaal privaatrecht strijdig zou worden bevonden met het gemeenschapsrecht. Door de bilateralisering van art. 3, derde lid B.W. wordt overigens op eenieder, zonder onderscheid, het nationaliteitsbeginsel toegepast. Hieruit leidde het Hof van Cassatie af dat de I.P.R.-regel niet discriminatoir is: Cass. 19 januari 1882, *Pas.* 1882, I, 36; Cass. 12 april 1888, *Pas.* 1888, I, 186. Het Brussel-II-Verdrag steunt overigens indirect de huidige nationaliteitsaanknoping, door te stellen dat rechtscolleges van het land waar van beide echtgenoten de nationaliteit hebben bevoegd zijn om geschillen te behandelen. *Contra* (in de zin van wél een schending van art. 12 E.G.-Verdrag): U. DROBNIG, "Verstösst das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages?", *RebelsZ.* 1970, 645; G. FISCHER, "Gemeinschaftsrecht und Kollisionsrechtliche Staatsangehörigkeitsprinzip", in C. VON BAR, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht. Tagung des Instituts für internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Fachbereiche Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 6. und 7. April 1990 in Osnabrück*, Köln, Carl Heymans Verlag KG, 1991, 168.

**10.** Het huidige soepele nationaliteitsrecht vergroot weliswaar indirect de kans dat steeds meer rechtsonderhorigen het Belgische familierecht op zich toegepast zien. Twee kritische bedenkingen rijzen daarbij evenwel. Ook deze zullen resulteren in de vraag of het nationaliteitsrecht nog het meest geschikte

instrument is om te bepalen met welke rechtsorde een persoon zich daadwerkelijk het meest verbonden voelt. De eerste heeft betrekking op de strategische rol van het nationaliteitsrecht (randnrs 11-15); de tweede op de plaats van rechtskeuze in het I.P.R. (randnr. 16).

**11.** De eerste bedenking is dat het nationaliteitsrecht zowel voor de overheid als voor de kandidaat-Belg steeds meer een strategische rol lijkt te vervullen. De laatste herziening van de Nationaliteitswet was voornamelijk ingegeven door de doelstelling om meer vreemdelingen politieke participatie te verlenen. Tijdens de parlementaire voorbereiding is niet stilgestaan bij de gevolgen van de Belgische nationaliteit voor het personeel statuut van de nieuwe Belgen. Ook is niet gedacht aan de gevolgen voor het gezinsherenigingsrecht. Deze onnauwkeurigheid staat in schril *contrast* met het voorts kordate Belgische verblijfsbeleid. Dit blijkt ook uit de zwakke fraudebestrijding door het W.B.N. Terwijl door het B.W. en de Verblijfswet consequent wordt opgetreden tegen schijnhuwelijken, is vooralsnog niet voorzien in een bepaling die toelaat om een persoon vervallen te verklaren van zijn frauduleus verkregen nationaliteit<sup>21</sup>.

**12.** Met B. LOUIS stellen we ons de vraag of enerzijds het recht op participatie aan de samenleving waarin men sinds geruime tijd verblijft en anderzijds het behoren tot een bepaalde (culturele) natie niet beter worden losgekoppeld. Weliswaar is het nationaliteitsrecht geëvolueerd in een zin die het familierechtelijke I.P.R. ongetwijfeld volgens meerdere auteurs ten goede komt. Na drie jaar verblijf kan eenieder zo goed als zeker de Belgische nationaliteit verkrijgen. Op die mogelijkheid zal vaak een beroep worden gedaan gezien de ruime rechten die uit het staatsburgerschap voortvloeien. Langdurig verblijf zal steeds vaker gepaard gaan met een verwerving van de Belgische nationaliteit en bijgevolg ook, bij behoud van de nationaliteitsaanknoping, met een aanknoping bij de Belgische wet. In dat opzicht is het nationaliteitsbeginsel door het nieuwe W.B.N. mogelijk opnieuw in zijn rol van 'beste aanknopingsmechanisme' hersteld.

**13.** Niettemin roept de huidige regeling vragen op.

Dreigt een massale aanname van de Belgische nationaliteit door vreemdelingen niet de aandacht af te leiden van het belang dat elke persoon van buitenlandse herkomst heeft bij een integratiebeleid dat hem de nodige kansen biedt op een daadwerkelijke, concrete participatie in de samenleving, en niet alleen bij een

<sup>21</sup> De parlementaire besprekingen hebben uitgewezen dat de regeling van art. 23 W.B.N. haar uitzonderlijke karakter behoudt: *Parl. St.* Kamer 2000-2001, COM 356, 16 januari 2001, 1-17 en COM 564, 23 oktober 2001, 3-7.

abstract recht daarop? Zolang een inburgeringstraject niet verplicht wordt gesteld van bij binnenkomst in België, is het met de afschaffing van de integratietoets en de versoepeling van de gronden tot verkrijging van de nationaliteit<sup>22</sup> voortaan mogelijk dat vreemdelingen Belg worden zonder dat ze voeling hebben met de grondbeginselen van onze rechtsorde. Het is in het belang van zowel de betrokkenen als van de Belgische samenleving aangewezen om dergelijke situatie te vermijden. De betrokkene heeft er belang bij zich te integreren in het Belgische rechtsdenken, meer nog zijn rechtsdenken eraan te assimileren, nu voortaan uitsluitend Belgisch recht op hem zal worden toegepast. De Belgische samenleving heeft er belang bij dat iedere rechtsonderhorige zijn plaats krijgt, kent en eerbiedigt<sup>23</sup>.

Voorheen, toen de verwerving van de Belgische nationaliteit nog enigszins aan de notie 'integratie' was gekoppeld, werd reeds meermaals opgeworpen dat de omvang van de integratieproblematiek werd onderschat. Dit werd geweten aan de vaststelling dat de cijfers van het migrantenbestand werden vertekend door slechts personen van buitenlandse nationaliteit in de berekening op te nemen, en niet Belgen van buitenlandse origine. Een exponentiële uitbreiding van die vertekening door de versoepeling van de nationaliteitsverwerving dreigt de statistieken hun signaalfunctie te ontnemen. Een belangrijke stimulans voor de overheid om een gepast integratiebeleid te voeren, dreigt weg te vallen.

**14.** Kan in dat opzicht de nationaliteit niet beter de spiegel blijven van de natie, de culturele gemeenschap waartoe een persoon behoort? Wordt de vreemdeling op een andere wijze recht verleend op een volwaardige<sup>24</sup> participatie, met name van rechtswege na langdurig verblijf, dan kan de nationaliteit zijn oorspronkelijke symboolfunctie behouden.

**15.** De gebeurlijke optie om de nationaliteitsaanknoping te verlaten belet overigens niet dat de nationaliteit in het I.P.R. nog een rol zou kunnen vervullen. Ook in het geval dat een vreemdeling na langdurig verblijf onder de algemene toepassing van Belgisch recht zou komen te staan, zou zijn nationaliteit met name in zekere mate kunnen blijven weerspiegelen vanuit welke achtergronden hij een bepaalde handeling stelt. Een volwaardige participatie sluit niet uit dat bij de beoordeling van een concrete vraag die betrekking heeft op een leef sfeer die sterk cultureel of religieus wordt bepaald, rekening wordt gehouden met de culturele binding die de betrokkene nog heeft met zijn land van herkomst. In bepaalde gevallen kan dan alsnog worden geoordeeld om bepaalde afwijkingen van de Bel-

<sup>22</sup> We verwijzen naar art. 12bis §1, 2 ° W.B.N. dat geen enkele persoonlijke band met België vergt.

<sup>23</sup> De structuur van de samenleving moet overeind blijven. Externe invloeden geven die structuur meer kleur, maar dreigen evengoed op ongewenste wijze in te spelen op het bouwwerk, en zo zijn stabiliteit aan te tasten. Inspanningen moeten worden geleverd om die invloeden te integreren, ze binnen te halen en een gepaste plaats te geven, en ze niet uit gemakzucht, wegens hun zware gewicht, te laten hangen en het gebouw door hun onverzoenbare stijl te laten ontsieren.

<sup>24</sup> Zowel politieke (stemrecht) als burgerrechtelijke (toepassing van Belgisch recht in de private rechtssfeer).



gische (rechts-)cultuur toe te laten. We denken aan de aanvaarding van bepaalde religieuze gebruiken, bv. het dragen van hoofddoeken en de eerbiediging van religieuze feestdagen of verboden<sup>25</sup>.

16. Een tweede bedenking bij de nationaliteitsaanknopning heeft betrekking op de vraag of het is aangewezen om aan de rechtsonderhorige de vrije keuze te laten van het recht dat op zijn situatie wordt toegepast. Het is o.i. van belang om rekening te houden met de redelijke verwachtingen en rechtszekerheid van alle betrokkenen in een bepaalde rechtsverhouding.

Enerzijds kan een gemakkelijke nationaliteitsverwerving de andere partij voor de verrassing plaatsen dat een ander recht het geschil of de rechtsverhouding regelt dan aanvankelijk beoogd werd<sup>26</sup>. Toen de nationaliteitsverwerving nog systematisch aan integratievereisten was gekoppeld, deden dergelijke onverwachte situaties zich vermoedelijk minder vaak voor. Een nieuwe nationaliteitsverwerving brengt bovendien vaak multipatridie met zich mee. Dit vergroot het risico op een hinkende rechtsverhouding, wat de rechtszekerheid van de *contractant* bijkomend aantast.

Anderzijds kan de omgekeerde optie, m.n. om ondanks een grote mobiliteit vast te houden aan de oorspronkelijke nationaliteit en de aanknopning bij die wet<sup>27</sup>, een discrepantie teweegbrengen tussen de doelstelling van het I.P.R. om aan te knopen bij het recht waarmee de situatie de nauwste band vertoont, en het resultaat van de concrete nationaliteitsaanknopning. Ook de optie om geen nieuwe nationaliteit te verwerven kan m.a.w. bij behoud van de nationaliteitsaanknopning ongewenste gevolgen hebben.

<sup>25</sup> B. LOUIS, "Une distinction nécessaire dans l'état-nation: la *Communauté-nation* et l'*Etat citoyen*". L'identité des sociétés occidentales modernes face à l'immigration musulmane", *R.I.E.J.* 1993, afl. 31, 44; M.-CL. FOBLETS, "Recht en migranten, fricties tussen gelijkheid en verscheidenheid", in M.-CL. FOBLETS, B. HUBEAU e.a. (1995), 3-35 en A. ALSULAIMAN, "De positie van de vrouw in de islam en van de islamitische vrouwen in België", in M.-CL. FOBLETS, B. HUBEAU en A. DE MUYNCK (eds.), *Migrantenonderzoek voor de toekomst*, Leuven, Acco, 1997, 158, schrijven bovendien uitingen van fundamentalistische trekken, zoals sommigen bv. het dragen van hoofddoekjes bestempelen, vooral toe aan het ontbreken van enige symbolische erkenning, wat zou kunnen gebeuren onder de vorm van politieke participatie. ALSULAIMAN benadrukt de grote rol van de sociale druk op minderheden. Hoe kleiner de gemeenschap, hoe groter de sociale druk en bemoeienissen daarbinnen zouden zijn. De dreiging van de grotere vreemde gemeenschap met veel vrijere opvattingen, ligt aan de oorzaak van een vrees die aanzet tot emotioneel en irrationeel handelen. Hetgeen wij als fundamentalisme beschouwen zou dus een louter gevolg kunnen zijn van de botsing van culturen. Een bedreigde cultuur zal zich daarbij trachten te wapenen met uiterlijke kenmerken die de innerlijke dreiging camoufleren. In dezelfde zin: K. RAES, *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent, Academia Press, 1997, 208.

<sup>26</sup> We denken opnieuw in de eerste plaats aan art. 12bis, §1, 2° W.B.N.

<sup>27</sup> Bv. omdat een toepassing van zijn nationale wet de betrokkene ruimere mogelijkheden biedt dan het Belgische familierecht.

### **B.1.B. DE STABIELE VERBLIJFSPOSITIE ALS TE ONDERZOEKEN NIEUW AANKNOPINGSCRITE-RIUM**

**17.**We zullen in een tweede toegangspoort nagaan of niet beter een onderscheid wordt gemaakt op grond van stabiliteit van het verblijf i.p.v. op grond van nationaliteit. De toegenomen migratie impliceert enerzijds dat bepaalde personen na verloop van tijd niet langer een band hebben met het land waarvan ze de nationaliteit bezitten, of er nooit een band mee hebben gehad (derdegeneratiemigranten bv.). Anderzijds gaat een ruime mobiliteit niet steeds gepaard met een effectieve integratie. Vooral bij tijdelijke arbeidsmigratie besteden de betrokkenen mogelijk geen aandacht aan integratie, gezien de kortstondige duur van het voorgenomen verblijf. Feitelijk verblijf noch domicilie volstaan daarom volgens ons om aan te nemen dat de vreemdeling een sterke band heeft met de rechtsorde van het land van verblijf.

**18.**In die optiek zullen we een onderscheid uitwerken tussen vreemdelingen, naargelang hun verblijfspositie in België al dan niet voldoende stabiel genoemd kan worden. Onze stelling zal luiden dat de nationaliteit in familierechtelijke materies en dus ook voor de invulling van het begrip 'gezin' enerzijds aan betekenis inboet voor vreemdelingen met gestabiliseerde migratie in België, en anderzijds haar nut kan blijven behouden t.a.v. nieuwe migranten. De nationaliteitsaanknop- ping zal m.a.w. een rol blijven vervullen in enerzijds het gezinsherenigingsrecht en anderzijds het familierecht dat op vreemdelingen wordt toegepast in de eerste fase van hun verblijf, mits zij daarvoor opteren.

**19.**We bouwen met deze optie min of meer voort op de vaststellingen van eerder onderzoek naar de optimale aanknop- ping in het familierechtelijke I.P.R.<sup>28</sup>

**20.**Het in de Senaat voorliggende wetsvoorstel houdende het Wetboek van in- ternationaal privaatrecht<sup>29</sup> hanteert daarentegen een andere aanknopingsrege- ling.

**21.**Samengevat voor de wijzen van gezinsvorming beoogt het voorstel voor het ontstaan van het huwelijk en de buitenhuwelijkse tweerelatie systematisch te blij- ven aanknopen bij de nationale wet van de betrokkenen. De Raad van State had voor de grondvereisten van het huwelijk daarentegen gesuggereerd om bij ont- stentenis van gemeenschappelijke nationaliteit aan te knopen bij de wet van de Staat van gewoonlijke gemeenschappelijke verblijfplaats na het huwelijk.

**22.**Wij volgen geen van beide voorstellen en stellen ze niet centraal in het onder- zoek.

Hiervoor zijn twee verklaringen.

---

<sup>28</sup> Zie tweede toegangspoort voor een bespreking van de huidige standpunten. Het meest recente diepgaande onderzoek in de materie betreft V. VAN DEN EECKHOUT (doct.).

<sup>29</sup> Parl. St. Senaat 2001-2002, nr. 2-1225/1, 1 juli 2002.

**23.** Vooreerst zijn de concrete aanknopingsvoorstellen, die zijn uitgewerkt door een comité van Professoren (Prof. Dr. J. Erauw, Prof. Dr. M. Fallon, Prof. Dr. M. Liénard-Ligny, prof. Dr. J. Meeusen, Prof. Dr. H. Van Houtte en Prof. Dr. N. Watté), lange tijd vertrouwelijk geweest en is de concrete invulling die uiteindelijk aan het voorstel is gegeven pas in juli 2002 bekendgemaakt, *i.e.* op een ogenblik waarop dit onderzoek reeds 3 ½ jaar aan de gang en haast afgerond was.

De algemene indruk die voorheen werd gewekt rond het I.P.R.-wetboek in voorbereiding was overigens dat algemeen zoveel mogelijk zou worden aangesloten bij het domiciliebeginsel. Ons voorstel is gericht op een verfijning van het domiciliebeginsel, met het oog op een loutere verwijzing naar de wet van de Staat van verblijf als de betrokkene er *gewoonlijk* verblijf houdt en bepaalde elementen van zijn rechtspositie op een sterke band met die rechtsorde wijzen. In het voorliggende wetsvoorstel heeft een verwijzing naar de verblijfplaats in familierechtelijke aangelegenheden eveneens steeds betrekking op

het *gewoonlijk* verblijf. Ook de indieners van het wetsvoorstel hebben het domiciliebeginsel m.a.w., zij het op minder beperkende wijze, verfijnd.

Er is evenwel niet voor geopteerd om deze aanknopingsregel te hanteren voor de bepaling van de grondvereisten om te huwen. In dat opzicht was het uiteindelijke voorstel voor ons een verrassing. We hebben lange tijd, nu blijkt: ten onrechte, gemeend dat ons aanknopingsvoorstel minstens enigszins in de lijn van het wetsvoorstel zou komen te liggen, door een voorkeursaanknopung bij de wet van de gewoonlijke verblijfplaats.

**24.** Een tweede argument is dat we menen dat ons aanknopingsvoorstel het overwegen waard is, ook na lezing van het voorliggende wetsvoorstel. We zullen hierna argumenten aanhalen om af te stappen van de huidige nationaliteitsaanknopung die door het wetsvoorstel wordt gehandhaafd. We konden zelf niet worden overtuigd door de motivering van de indieners om vast te houden aan de huidige aanknopingsregel, omdat de nationaliteit het meest stabiele criterium is zolang er nog geen huwelijk is<sup>30</sup>. De indieners menen dat pas eenmaal het huwelijk er is, er bij de wet van de Staat van gewone verblijfplaats kan worden aangeknoopt. Dat zou dan gebeuren om de sociale integratie van de partners te be-

<sup>30</sup> Zie ook volgende paragraaf in de toelichting bij het wetsvoorstel: "In feite moet de vaststelling van de staat van een persoon (naam, huwelijk, afstamming) aan de hand van de nationaliteit zoveel mogelijk het permanent karakter van de staat van personen in het internationale verkeer waarborgen. In die zin, betreft de nationaliteit niet zozeer het behoud van de onderwerping aan het vaderland, maar wel om het in acht nemen van het beginsel van nauwe band met dat land en van de belangen van de particulier in de internationale migratie. De nationaliteit vormt in dit verband een objectief criterium van onderscheid. Een rechter kan in deze materies bijgevolg niet de systematische toepassing van de *lex fori* opleggen omdat de vreemdeling zou worden gediscrimineerd t.o.v. de eigen onderdanen. Waar de vreemdeling door de aanwijzing van een vreemd recht onderworpen kan zijn aan verschillende materiële regels dan die op een Belg toepasselijk, is het evenzeer waar dat hij onderworpen blijft, net zoals de Belg, aan slechts één wet, namelijk de wet van de nationaliteit. Er zou sprake zijn van discriminatie wanneer de Belg bijvoorbeeld onderworpen zou zijn aan zijn nationale wet terwijl de vreemdeling zou vallen onder de wet van zijn verblijfplaats. Een dergelijke oplossing zou er toe leiden dat in haast alle gevallen het Belgisch recht toepasselijk is voor iedereen op het Belgisch grondgebied".

vorderen. We menen dat een aanknoping bij de Belgische wet als wet van de Staat van stabiele verblijfplaats een even stabiel criterium vormt, zeker bij huwelijksluiting in België. Houdt de betrokkene nog niet op stabiele wijze verblijf in België (*cf. infra*, tweede toegangspoort, voor onze invulling van dit criterium), dan zou naar ons voorstel in beginsel voort worden aangeknoopt bij de wet die voorheen reeds het personeel statuut van de betrokkene regelde. Hierop zou slechts een uitzondering worden gemaakt als de betrokkene o.i. een onvoldoende sterke band heeft met die wet, m.n. als hij niet op stabiele wijze verblijft in de betreffende Staat en er evenmin onderdaan van is. Dergelijke situatie doet zich slechts voor als voor familieaangelegenheden zou worden aangeknoopt bij de domiciliewet (i.e. in *common-law*stelsels), én de betrokkene slechts sinds korte tijd verblijft in de betreffende Staat, én er geen andere elementen zijn die wijzen op een niet-temin sterke band met die rechtsorde.

Ons aanknopingsvoorstel heeft als bijkomend voordeel dat de wet die het ontstaan van het huwelijk regelt en de wet die de gevolgen van het huwelijk regelt vaker dezelfde zouden zijn en dat hiermee een grotere juridische eenheid zou kunnen worden bereikt.

Ons onderzoek beperkt zich tot het ontstaan van gezinsleven. We hebben ons niet uitgesproken over de wenselijkheid om ons aanknopingsvoorstel uit te breiden tot de gevolgen van bv. het huwelijk. Art. 48 van het wetsvoorstel voor een I.P.R.-wetboek bepaalt de gevolgen van het huwelijk bij voorkeur zouden worden geregeld door de wet van de Staat van gewoonlijk verblijf op het ogenblik dat het geschil rijst. Hier staat het domiciliebeginsel m.a.w. wél centraal.

Slechts als de echtgenoten op dat ogenblik geen gezamenlijk verblijf houden, zou worden aangeknoopt bij hun gemeenschappelijke nationale wet, of bij gebreke aan een gemeenschappelijke nationaliteit bij het Belgische recht. Voor de gevolgen van het huwelijk zou de nationale wet m.a.w. nog slechts een rol spelen als de betrokkenen niet samenwonen en ze eenzelfde nationaliteit hebben. De domicilieaanknoping zou primeren. De toelichting bij het wetsvoorstel argumenteert deze nieuwe aanknopingsregel als volgt: "Dit biedt het voordeel dat het toepasselijk recht meestal overeenkomt met de integratie van een echtpaar in een sociaal milieu. Waarschijnlijk geeft die regel over het algemeen aanleiding tot toepassing van het Belgisch recht. Het wetboek zorgt dan ook voor een vernieuwing van de huidige wetgeving (...) Het wetboek geeft een oplossing die, vanuit internationaal perspectief bekeken, een grotere gelijkheid tussen de echtgenoten nastreeft. Inderdaad is er bij de aanknoping aan de gemeenschappelijke nationaliteit een verschillende behandeling tussen de onderdanen, naargelang de echtgenoten al dan niet de zelfde nationaliteit bezitten. De voorgestelde regeling daarentegen vestigt niet een dergelijk onderscheid op basis van de nationaliteit maar op grond van de verblijfplaats, wat de gelijkheid verzekert tussen Belgen en vreemdelingen die in België leven".

Centraal staat "het streven van het wetboek om rekening te houden met de integratiefactor die de gewone gemeenschappelijke verblijfplaats in het licht van de migratiestromen vormt".

Deze motivering gaat o.i. ook op voor de aanknoping bij het ontstaan van het huwelijk, aangezien de kans groot is dat de huidige stabiele verblijfplaats van minstens één van de partners ook de toekomstige echtelijke verblijfplaats wordt. Zoals we reeds aangaven biedt o.i. de stabiele verblijfplaats een haast even stabiele aanknoping als de nationaliteit, met als bijkomend voordeel dat de betrokkene zich vermoedelijk nauwer bij betrokken voelt bij de rechtsorde van zijn stabiele verblijfplaats. Is deze niet in België gesitueerd, dan zou naar ons voorstel overigens voort worden aangeknoopt bij de nationale wet als de rechtspositie van de betrokkene voorheen reeds in toepassing van die wet werd beoordeeld.

De vaststelling van de afstamming zou ingevolge het voorliggende wetsvoorstel voortaan in alle hypothesen (huwelijks- en buitenhuwelijks-afstamming) worden geregeld door de nationale wet van de persoon die juridisch tot ouder wordt benoemd. De nationaliteit op het ogenblik van de geboorte, of bij vrijwillige vaststelling van de afstamming (erkenning) op het ogenblik van die rechtshandeling, zou daarvoor in aanmerking worden genomen.

Eenzelfde redenering als we hierboven uitwerkten m.b.t. de huwelijksluiting,

verklaart onze verwondering omtrent dit aanknopingsvoorstel. De toelichting

beoordeelt "(...) een verwijzing naar de wet van het sociaal milieu (als) eerder kunstmatig wanneer het geschil om een jong kind draait vermits zijn sociaal milieu noodzakelijkerwijs dat van een van zijn ouder is". Dat belet de wetgever evenwel niet om voor die ouder aan te knopen bij een wet waarmee deze een nauwere binding heeft, o.i. de wet van de Staat van stabiele verblijfplaats.

Ook de mogelijkheid om te adopteren zou naar het wetsvoorstel voor een I.P.R.-wetboek voortaan in eerste orde worden geregeld door de nationale wet van de adoptant(en). Hebben zij een verschillende nationaliteit, dan zou de wet van de Staat van gewoonlijke verblijfplaats worden toegepast. Hebben ze geen gezamenlijke gewoonlijke verblijfplaats, dan zou worden aangeknoopt bij Belgisch recht. Dat laatste is tevens het geval telkens de rechter oordeelt dat de situatie een kennelijk nauwe band heeft met België. "De regeling volgt een tendens in het vergelijkend recht. Tevens wordt gestreefd naar samenhang met de vaststelling van de oorspronkelijke afstamming". Ook deze doelstellingen beletten o.i. de wetgever niet om de aanknopingsregel inzake afstamming te herzien en de adoptiebepalingen dan daaraan gelijk te schakelen. Meer nog, we vinden steun voor deze opvatting in de bepaling van het wetsvoorstel dat de toestemmingsvereisten die gelden bij de vaststelling van de afstamming en bij adoptie, bij ontstentenis van een bepaling door de wet die voor de vaststelling wordt aangewezen, zou worden geregeld door de wet van de woonplaats van het kind op het ogenblik van de toestemming. Hier opteren de indieners wél weer voor een domicilieaanknoping, i.p.v. aan te knopen bij de nationale wet van het kind, "gelet op het beginsel van de nauwste binding en op legitieme verwachtingen van de persoon die zijn toestemming moet geven. In het belang van het kind is er daarnaast voor geopteerd om subsidiair in een toepassing van Belgisch recht te voor-

zien voor het geval buitenlands recht de toestemming van het kind niet verplicht stelt”<sup>31</sup>. Waarom wordt voor de toelating van de vaststelling van de afstammingsband of adoptie niet in dezelfde zin gezocht naar een efficiëntere aanknopingsregel? Het feit dat het kind door de wijziging van zijn afstammingsband zijn oorspronkelijke nationaliteit vaak zal verliezen, verklaart o.i. niet waarom in dit verband het nationaliteitscriterium wél is verlaten. We gaven zopas immers aan dat in het huwelijksrecht de nationaliteit na de huwelijksluiting nog slechts zelden een rol vervult, aangezien voortaan in eerste orde wordt aangeknoopt bij de wet van de echtelijke verblijfplaats. Hier is m.a.w. alvast expliciet geopteerd voor een breuk met de vroegere aanknopingsregel na de instelling van de familieband. Er is m.a.w. geen sprake van een centrale doelstelling om de eenheid van aanknopingsregel te waarborgen<sup>32</sup>, die een technische verklaring zou kunnen bieden voor een afwijking van het nationaliteitsbeginsel. De afwijking steunt op principiële gronden. Waarom gelden die dan ook niet voor de gronden tot vaststelling van de gezinsband?

De door de indieners genoemde doelstelling om de aanknopingsregel bij afstamming en bij adoptie op elkaar af te stemmen wordt overigens slechts bereikt bij eenouderadoptie, aangezien slechts dan systematisch zou worden aangeknoopt bij de nationale wet.

Hebben beide kandidaten een verschillende nationaliteit, dan wordt aangeknoopt bij de wet van de Staat van hun gezamenlijke verblijfplaats. Hier wordt m.a.w. wél aangeknoopt bij het recht van de Staat waar ze ook volgens ons effectief de nauwste band mee hebben.

Hebben ze ook geen gemeenschappelijke verblijfplaats, dan lijken de indieners aan te nemen dat de band met de Belgische rechtsorde primeert.

De voorgestelde regeling is beduidend soepeler voor nationaliteitsgemengde koppels dan de huidige regeling. Ze verlaat het nationaliteitsbeginsel t.a.v. hen volledig. Ons voorstel sluit in dat opzicht nauwer aan bij de voorgestelde aanknopingsregel voor de oorspronkelijke adoptie dan het wetsvoorstel, ook al stelt dat expliciet de doelstelling voorop om afstamming en adoptie zoveel mogelijk gelijk te regelen.

**25.** We lopen met deze bespreking enigszins voorop op de uitwerking van ons aanknopingsvoorstel. We meenden evenwel dat het aangewezen is om reeds in deze algemene inleiding aan te geven waarom de I.P.R.-codex in het onderzoek geen centrale plaats heeft gekregen.

Zoals we hierboven aangaven, vinden we ons niet terug in het voorstel. Ook bevond ons onderzoek zich reeds in een te ver gevorderd stadium op het ogenblik dat het wetsvoorstel werd ingediend. Het is overigens nog niet duidelijk of en in welke vorm het tot een I.P.R.-codex zal komen.

<sup>31</sup> Toelichting bij art. 68 Wetsvoorstel; toelichting in dezelfde zin bij art. 62 Wetsvoorstel.

<sup>32</sup> Het feit dat dit op een andere wijze gebeurt, m.n. niet door wijziging van nationaliteit, maar door wijziging van de aanknopingsregel, versterkt dit argument overigens. De wijziging is het gevolg van een expliciete keuze, niet een impliciet gevolg van een keuze.

Dezelfde argumenten verklaren waarom de voorstellen van Europese Richtlijn inzake gezinshereniging geen centralere rol zijn toebedeeld in het onderzoek, voor de studie van het gezinsherenigingsrecht. Eén van de voorstellen is op 29 juli 2003, *i.e.* na de afwerking van dit doctoraat, Richtlijn geworden<sup>33</sup>. We hebben het doctoraat geactualiseerd, maar de aanvankelijke indeling behouden. Daarbij is niet systematisch *uitgegaan* van de voorstellen in deze regelingen in voorbereiding, maar hebben we beide instrumenten, het voorstel van I.P.R.-codex en de voorstellen van Europese Richtlijn, gehanteerd als *toets* voor onze eigen voorstellen. We hebben bij elk eigen voorstel steeds, zij het soms beknopt, verwezen naar de bepalingen van de voorstellen die officieel in behandeling zijn/waren (*cf. infra*, boekdeel III, bijlage, zaakregister).

**26.** We wensen er hoedanook op te drukken dat ons onderzoek meer is dan de uitwerking van een nieuw aanknopingsvoorstel. Het onderzoek kan los worden gelezen van ons voorstel om aan te knopen bij de wet van de Staat waar de betrokkene op stabiele wijze verblijft. Het is tevens een zoektocht geweest naar een correcte toepassing van het gelijkheidsbeginsel en naar nationale en internationale beslissingsharmonie. Deze beginselen overstijgen de vraag naar de aanknopingsregel en betreffen de volledige uitkomst van

een geschil.

Gezien de steeds grotere rol die in de leer van de openbare-orde-exceptie

wordt toebedeeld aan de notie van de *Inlandsbeziehung*, de vraag naar de band die de betrokkene of de situatie heeft met de rechtsorde van het *forum*, doen onze criteria ook dienst voor de toepassing van de huidige aanknopingsregeling.

Ze kunnen tevens worden toegepast op de notie 'gewoonlijk verblijf' die, zij het inzake de vorming van gezinsleven slechts subsidiair, een rol vervult in het wetsvoorstel voor een I.P.R.-wetboek.

Ons onderzoek staat en valt m.a.w. niet met de aanvaarding van ons aanknopingsvoorstel. We hebben in ons onderzoek meerdere betrachtingen gecombineerd. Die combinatie kan het leeswerk mogelijk soms verzwaren, maar had voor ons als nut dat stellingen kunnen worden ingenomen zonder dat het hele werk ermee staat of valt. Alle betrachtingen zijn overigens terug te brengen tot één hoofdbetrachting: een billijke omgang met buitenlandse gezinsconcepten.

### **B.1.C. DE GELIJKHEIDSTOETS ALS ONDERZOEKSMETHODE**

**27.** De opties die we zullen maken, zijn alle ingegeven door de gelijkheidstoets. Bevindt een vreemdeling zich in een vergelijkbare situatie als een Belg, dan behoort hij gelijk behandeld te worden, tenzij een objectief, redelijk en evenredig

<sup>33</sup> Richtlijn van de Raad van 29 juli 2003 inzake het recht op gezinshereniging, 10502/2/03 REV 2, 1999/0258 (CNS), MIGR 49; Voorstel van Richtlijn betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven (de meest recente versie dateert van 15 april 2003, COM(2003) 199 definitief, 2001/0111 (COD)).

criterium een ongelijke behandeling zou rechtvaardigen. Bevindt hij zich in een verschillende situatie, dan behoort hij verschillend te worden behandeld. Het gelijkheidsbeginsel laat toe om de abstracte rechtsregel terug te voeren naar zijn grondslagen en in een concrete situatie na te gaan of de regel daadwerkelijk getuigt van een consistente samenhang van rechtsprincipes en rechtswaarden. Deze toets vormt het voorwerp van ons onderzoek.

**28.** De vaststelling dat een afweging van individuele en algemene belangen een ongelijke behandeling van vergelijkbare situaties soms kan rechtvaardigen, geeft evenwel aan dat consistentie niet een waarde op zich is. Het gaat erom te werken aan “een zo integer mogelijke representatie van de politieke gemeenschap in haar geheel”<sup>34</sup>. Die integriteit komt niet in het gedrang, mits elke inconsistentie gerechtvaardigd wordt door een algemeen belang dat inherent is aan de genoemde rechtsprincipes en rechtswaarden. Zo kan het algemeen belang *rechtvaardigen* dat de exceptie van internationaalprivaatrechtelijke openbare orde (voortaan afgekort als B.I.P.O.O.-exceptie) wordt ingeroepen tegen een polygaam huwelijk, ook al stelt de I.P.R.-regel dat een huwelijk geldig is wanneer de grond- en vormvoorwaarden van het aangewezen recht zijn vervuld. Ook binnen het aanknopingsstelsel dat door ons zal worden uitgewerkt, kan een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel *noodzakelijk* worden bevonden om centrale rechtsprincipes en –waarden te realiseren. Bepaalde economische of verblijfspolitieke belangen kunnen opwegen tegen een individueel belang, omdat het goed functioneren van de rechtsstaat ervan afhangt.

**29.** Om daartoe te besluiten dient de ongelijke behandeling niet alleen een legaliteits- en noodzakelijkheidstoets, maar ook een redelijkheid<sup>35</sup> en een proportionaliteitstoets<sup>36</sup> te doorstaan.

<sup>34</sup> Zie in dezelfde zin over het legaliteitsbeginsel in het strafrecht: E. CLAES, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht. Een grondslagentheoretische benadering*, doct., 2001.

<sup>35</sup> Het adequaat – ook pertinent (Arbitragehof nr. 8/93), relevant (Arbitragehof nr. 64/92), efficiënt of redelijk – karakter van de ongelijke behandeling wordt getoetst in functie van de aard, het doel en de gevolgen van de regeling. De ongelijke behandeling moet een *middel* zijn. Van dat middel wordt de doelmatigheid vervolgens onderzocht. Gezien de nauwe band van deze toets met een opportuniteitsoordeel dient het Arbitragehof zich evenwel enerzijds te stellen op het standpunt van de wetgever bij de uitvaardiging van de regel en dient hij anderzijds zijn toetsing marginaal te houden: J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 181. Die manier wordt de mogelijkheid om aan evolutieve rechtspraak te doen enigszins gekanaliseerd.

<sup>36</sup> De opgelegde beperkingen mogen niet verder reiken dan noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken: Arbitragehof nr. 4/92 van 23 januari 1992, B.S. 11 maart 1992; Arbitragehof nr. 74/92 van 18 november 1992, B.S. 9 december 1992; Arbitragehof nr. 1/94 van 13 januari 1994, B.S. 1 februari 1994; Arbitragehof nr. 9/96 van 8 februari 1996, B.S. 20 februari 1996. Naarmate dat doel belangrijker is, is er meer ruimte voor differentiatie, aangezien de grens tussen juridische beoordeling van proportionaliteit en beleidskritiek vaag is: P.-J. DEFOORT, *l.c.*, 629; K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *R.W.* 1992-93, 13; L.-P. SUETENS, “De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht”, *R.W.* 1993-94, 1314; J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor ‘corrigerende ongelijkheden’ en doorwerking in private rechtsverhoudingen”, in X., *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997*, 1997, 140.



De toets van de redelijkheid en van de proportionaliteit komen in zekere zin bij *elk* juridisch oordeel terug, zo ook bij de toepassing van de B.I.P.O.O.-exceptie<sup>37</sup>. De notie 'openbare orde' vervult een centrale rol bij de systematische evaluatie van rechtsnormen. Deze evaluatie kan evenwel variëren naar plaats en naar tijd, aangezien de notie 'openbare orde' aan deze evolutieve factoren onderhevig is.

**30.** Bij zijn beoordeling doet de rechter aan rechtsvinding<sup>38</sup>. Hij wijdt zich aan een contextgevoelig redeneerproces, waarbij enerzijds de rechtsregel steeds moet worden afgewogen tegen de eigenheden van de voorliggende rechtssituatie, maar anderzijds teveel nadruk op evolutieve methodes de rechtszekerheid uitholt.

**31.** Het onderzoek is erop gericht een evenwicht te zoeken tussen rechtszekerheid en rechtsvinding, zowel bij de expliciete toetsing van een rechtsregel aan het gelijkheidsbeginsel, als bij het beoordelen van een concrete of hypothetische situatie in het licht van de openbare orde.

**32.** Bij een inroeping van de B.I.P.O.O.-exceptie wordt niet de (buitenlandse) rechtsregel als dusdanig, maar het *gevolg* van zijn concrete toepassing aan

een onderzoek onderworpen<sup>39</sup>. Daarom zullen we de nadruk leggen op de *billijkheid* van de gevolgen die voortvloeien uit de werking van de exceptie. De

billijkheidstoets houdt een toets in van de redelijkheid en van de proportionaliteit van de genomen maatregel. *In casu* wordt evenwel niet een *Belgische* wet getoetst, maar wordt nagegaan of een *buitenlandse* wet redelijkerwijze, met inachtneming van alle relevante feiten, buiten toepassing moet worden gelaten. Als een gevolg van de exceptie wordt eenzelfde Belgische wet m.a.w. toegepast op twee verschillende situaties. Zijn die situaties niet vergelijkbaar, dan impliceert een opwerping van de exceptie dat ongelijken gelijk worden behandeld, m.a.w. dat van het gelijkheidsbeginsel wordt afgeweken. Dergelijke afwijking dient, zoals gezegd, te worden gerechtvaardigd.

**33.** Het familierechtelijke I.P.R. gaat vooralsnog inderdaad uit van de onvergelijkbaarheid van personen met een verschillende nationaliteit. Eenieder ziet zijn nationale wet toegepast op zijn familierechtelijke staat, vanuit de overweging dat die

<sup>37</sup> Zie ook H. JACOBS, "Het gelijkheidsbeginsel in het Belgische internationaal huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht", *R.W.* 1992-93, 28: het gelijkheidsbeginsel neemt in het I.P.R. drie verschijningsvormen aan: vooreerst in het beginsel van gelijkwaardigheid van de rechtssystemen: elk stelsel komt in beginsel in aanmerking, vervolgens in de formulering en de structurering van de verwijzingsregel, tenslotte in de controle van het toepasselijke materiële recht.

<sup>38</sup> O.m. H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-IPR*, Deventer, Kluwer, 1985, 21, met verwijzing naar de creatie van krypto-I.P.R., een op de rechtvaardigheid en billijkheid afgestemde verfijning van het privaatrecht.

<sup>39</sup> O.m. Cass 25 oktober 1979, *Pas.* 1980, I, 26; Cass. 2 april 1981, *R.C.J.B.* 1983, noot F. RIGAUX; Antwerpen 12 juni 1996, nr. 1995/EV/52, *onuitg.* Hierover o.m. H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-IPR*, Deventer, Kluwer, 1985, 17.

aanknoping het meest aangewezen is<sup>40</sup>. Een opwerping van de B.I.P.O.O.-exceptie heeft in de huidige filosofie van het I.P.R. m.a.w. inderdaad tot gevolg dat ongelijken gelijk worden behandeld.

De verwijzing naar Belgisch recht vloeit bij elke inroeping van de exceptie voort uit de (ongeschreven) materiële rechtsregel<sup>41</sup> die stelt dat de afwijzing van de buitenlandse wet resulteert in een toepassing van de *lex fori*. Er is m.a.w. alvast voldaan aan de wettigheidstoets.

Vervolgens vindt een redelijkheidstoets plaats. Bij elke opwerping van de exceptie van openbare orde wordt abstractie gemaakt van individuele belangen en verschillen, in functie van hogere algemene belangen die zijn gelegen in algemene rechtsbeginselen zoals o.m. het recht op verdediging ingeval van verstoting, de gelijkheid van man en vrouw in geval van polygamie. Geval per geval wordt deze afweging getoetst aan het redelijkheids- en het proportionaliteitsbeginsel.

De techniek van de exceptie van openbare orde kan m.a.w. in zijn huidige toepassing worden verklaard vanuit een zich steeds meer doorzettend gelijkheidsstreven in het familierechtelijke I.P.R.

**34.** Hieruit blijkt dat het gelijkheidsbeginsel op impliciete wijze de toetssteen kan vormen van elke concrete beoordeling van grensoverschrijdende familierechtelijke situaties, ongeacht of die beoordeling gebeurt in toepassing van, dan wel in afwijking van de I.P.R.-verwijzingsregel.

## **B.2. EEN VERGELIJKENDE STUDIE BINNEN EN TUSSEN MEERDERE RECHTSTAKKEN**

**35.** Gaandeweg het onderzoek is gebleken dat een toetsing van wijzen van gezinsvorming aan het gelijkheidsbeginsel niet beperkt kan blijven tot een onderzoek van het *familierecht*. Onze bevindingen zijn gaandeweg aangevuld met aandacht voor de *uitwerking* die sommige bepalingen in andere *rechtstakken* hebben op deze wijzen van gezinsvorming. Slechts een gecombineerde en onderlinge toetsing van deze verschillende bepalingen geeft aan in welke mate gezinsleven dat verenigbaar is met onze openbare orde<sup>42</sup>, niet alleen juridisch (familierechtelijk) kan *ontstaan*, maar ook daadwerkelijk kan worden *beleefd* in België.

---

<sup>40</sup> In de tweede toegangspoort evalueren we, zoals we reeds stelden, dat uitgangspunt. Die evaluatie zal uitmonden in de uitwerking van enkele criteria om te besluiten tot vergelijkbaarheid. Zoals we reeds aangaven, zullen deze hun grondslag vinden in de verblijfspositie van de rechtsonderhorige.

<sup>41</sup> Deze ruime interpretatie van het begrip 'wet' is ontstaan n.a.v. het Sunday Times-arrest van 26 april 1979, waarin het Hof voor de Mensenrechten heeft gesteld dat het onhoudbaar is om in een common law-stelsel te vereisen dat een afwijking zoals voorzien in art. 8, tweede lid E.V.R.M. bij formele wet zou gebeuren. Deze ruime interpretatie is voor de eenvormigheid meteen doorgetrokken naar de hele territoriale werkingssfeer van het E.V.R.M.: Hof Mensenrechten, arrest Sunday Times van 26 april 1979, *Publ. Cour. Eur. D.H.*, Serie A, nr. 30, §§ 46-53.

<sup>42</sup> I.t.t. bv. polygame gezinsrelaties (deel 4, hoofdstuk 2, randnr. 1).

**36.** Het vreemdelingenrecht is een functioneel rechtsdomein. Beslissingen inzake familierechtelijk I.P.R. hebben gevolgen voor het gezinsconcept dat wordt gehanteerd in andere rechtstakken, zoals het verblijfsrecht, het socialezekerheidsrecht, het huurrecht, het fiscaal recht, het verzekeringsrecht en de regeling inzake onrechtmatige daad.

**37.** We spitsen ons onderzoek toe op de twee rechtstakken die o.i. voor de bescherming van het familieleven de meest centrale rol vervullen: het familierecht en het verblijfsrecht. Idealiter zouden de bevindingen daarvan moeten worden doorgetrokken naar enkele andere rechtstakken, o.m. het socialezekerheidsrecht. De omvang van de studie van het familierecht en verblijfsrecht laat ons evenwel niet toe ook nog dit facet te behandelen<sup>43</sup>.

**38.** Evoluties van het gezinsconcept in één rechtstak ressorteren gevolgen voor de andere rechtstakken. Krijgt de buitenhuwelijkse samenwoning een plaats in het familierecht (via de wettelijke samenwoning, het geregistreerd partnerschap of een regeling inzake homohuwelijk), dan zal daar in het licht van het gelijkheidsbeginsel uit voortvloeien dat ook het socialezekerheidsrecht zijn houding t.a.v. deze samenlevingsvormen zal moeten wijzigen. Op dezelfde wijze heeft het al dan niet erkennen van een huwelijk, een echtscheiding of verstoting, of een verwantschapsvorm in het familierechtelijke I.P.R. niet alleen implicaties voor het familierecht, maar bepaalt het vaak<sup>44</sup> mee of de be-

trokkenen als gezinsleden zullen worden beschouwd in het verblijfsrecht en in het sociale-zekerheidsrecht.

**39.** De gezinsconcepten in deze drie rechtstakken zijn evenwel niet uniform.

Ook al wordt bv. polygamie als dusdanig niet erkend, wél wordt soms toegestaan dat de relatie bepaalde rechtsgevolgen resorteert, zowel in het burgerlijk recht, bv. de toekenning van een onderhoudsuitkering, in het socialezekerheidsrecht, bv. een aanspraak op een overlevingspensioen, als in het verblijfsrecht, m.n. recht op verblijf wanneer de eerste echtgenote nog niet bij de polygame man

<sup>43</sup> We publiceerden twee bijdragen over dit thema: S. D'HONDT, "Het gezinsconcept in het Belgische socialezekerheidsrecht", in N.F. VAN MANEN (ed.), *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002, 333-342; S. D'HONDT, "De plaats van nationaliteit in het huidige recht: verwerving, rol en doorwerking", in D. VAN HEULE (ed.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, deel 8, Brugge, Die Keure, 2002, te verschijnen.

<sup>44</sup> Niet altijd evenwel, denken we aan de polygame gezinssituatie: ook al kan het tweede polygame huwelijk niet worden erkend, het is mogelijk dat de tweede echtgenote tot het verblijf wordt toegelaten. Ook wordt bv. in bepaalde sectoren van het sociale-zekerheidsrecht rekening gehouden met pleegsituaties, ook al hebben die geen familierechtelijke grondslag. Anderzijds wordt niet steeds rekening gehouden met alle kinderen met wie een afstammingsband is vastgesteld, maar bv. enkel met zij die in België verblijven. Hierover: S. D'HONDT, "Het gezinsconcept in het Belgische socialezekerheidsrecht", in N.F. VAN MANEN (ed.), *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002, 333-342. Meer hierover in deze studie, inzake polygamie: deel 4.

verblijft<sup>45</sup>.

Ook al creëert een loutere pleegvorm geen verwantschapsband, het is denkbaar dat in het verblijfsrecht niettemin tot familielevens wordt besloten in toepassing van art. 8 E.V.R.M. of art. 9, derde lid Vreemdelingenwet<sup>46</sup>, en dat de betrokkenen worden gemachtigd tot gezinshereniging.

In het socialezekerheidsrecht wordt door sommige bepalingen rekening gehouden met de onderlinge afhankelijkheid tussen personen, ook al wonen ze niet samen.

Omgekeerd wordt in het verblijfsrecht niet steeds rekening gehouden met wettelijke familieverbanden. Een huwelijk geeft vele<sup>47</sup> derdelanders bv. slechts recht op gezinshereniging vanaf het ogenblik dat de betrokkenen achttien jaar oud zijn, ook al zijn ze naar hun nationale recht geldig gehuwd op jongere leeftijd<sup>48</sup>. Aangezien meerdere sectoren binnen de sociale zekerheid slechts toegankelijk zijn voor de echtgenoot die bij de verzekerde verblijft, zal de jonge echtgenoot die geen gezinshereniging geniet, ook de betreffende socialezekerheidsrechten niet genieten. Het gereduceerde gezinsconcept in het verblijfsrecht werkt op die wijze via de verblijfsvereiste rechtstreeks door in het socialezekerheidsrecht.

De ruime aandacht in het socialezekerheidsrecht voor buitenhuwelijkse tweerelaties, ook als die louter feitelijk zijn, wijst dan weer uit dat het gezinsconcept er soms ook wel ruimer is dan in het familierecht. De openstelling van de kinderbij-slagregeling voor pleegkinderen vormt hiervan een illustratie<sup>49</sup>.

**40.** Met deze korte vergelijking van enkele regelingen in de drie genoemde rechtstakken geven we een eerste illustratie van de wijze waarop we het gezinsconcept aan een onderzoek zullen onderwerpen. In de eerste plaats zullen we nagaan in hoeverre een verschillend gezinsconcept in de onderscheiden sectoren gerechtvaardigd is, in het licht van het recht op een *volwaardig* gezinsleven<sup>50</sup>. Het heeft weinig nut om een bepaalde gezinsvorm familierechtelijk te erkennen,

<sup>45</sup> Voor een bespreking, cf. *infra*, deel 4. Over sociale rechten voor vreemdelingen: Y. JORENS, *De rechtspositie van niet-EU-onderdanen in het Europese Socialezekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1997, 824 p.; M. NYS (2002), 477-541.

<sup>46</sup> Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, B.S. 31 december 1980.

<sup>47</sup> M.n. zij die huwen met een andere derdelander. In geval van huwelijk met een EER-onderdaan is de voordeligere regeling van art. 40 Vreemdelingenwet van toepassing.

<sup>48</sup> Art. 10, 4° Vreemdelingenwet.

<sup>49</sup> Om de leesbaarheid van het onderzoek te verhogen, hebben we onze studie van wijzen van gezinsvorming tussen volwassenen en kinderen niet opgenomen in deze doctoraatsverhandeling. Op een aantal plaatsen zullen we evenwel kort verwijzen naar enkele resultaten van dat onderzoek, o.m. in de tweede toegangspoort, bij onze uiteenzetting van het nut van de adaptatietechniek.

<sup>50</sup> Zie ook D. JACOBS, *Nieuwkomers in de politiek. Het parlementaire debat omtrent kiesrecht voor vreemdelingen in Nederland en België (1970-1997)*, Gent, Academia Press, 1998: meer nog dan de cultuur is de sociale positie bepalend in de integratie van personen in de samenleving.

als het verblijfsrecht de betrokkenen vooralsnog uitsluit van de mogelijkheid om een gezinsleven in België uit te bouwen, of als aan een verblijfsmachtiging disproporionele voorwaarden worden gekoppeld. Het is evenmin logisch dat een vreemdeling op grond van een gezinsband tot het Rijk wordt toegelaten, als reeds op voorhand vaststaat dat de gezinsband in België door de familierechter niet zal worden erkend, in geen van zijn rechtsgevolgen<sup>51</sup>. We kunnen ons ook de vraag stellen waarom feitelijke pleegsituaties in het socialezekerheidsrecht wél als voldoende sterk familielevens worden beschouwd om recht te geven op bepaalde uitkeringen, terwijl ze geen recht geven op gezinshereniging en de uitkeringen vaak evenmin exporteerbaar zijn<sup>52</sup>.

41. De vergelijking zal ons tevens inspireren om de opties te evalueren die binnen één welbepaalde rechtstak zijn gemaakt met betrekking tot het gezinsconcept. Openheid in de ene rechtstak kan een stimulans bieden voor een versoepeling in een andere rechtstak, en omgekeerd<sup>53</sup>.

### B.3. HET GEZINSCONCEPT

42. Onvermijdelijk zijn we reeds ruim ingegaan op de notie 'gezinsconcept' en de rol ervan voor dit onderzoek. Niettemin wensen we alsnog aan te geven wat we onder de notie begrijpen. Onder 'gezinsconcept' verstaan we de aflijning a.h.v. wetgeving en rechtspraak van wat binnen een bepaalde rechtstak als juridisch te beschermen familielevens wordt beschouwd. Zoals we reeds aangaven verschilt die invulling van rechtstak tot rechtstak, meer nog: er wordt soms bewust voor geopteerd om bepaalde vormen van familielevens niet te beschermen. Ook al ontkent het verblijfsrecht bv. niet dat feitelijk gezinsleven kan bestaan tussen derdelanders die een ascendent-descendent-relatie in de tweede graad hebben, deze familieband wordt vooralsnog niet systematisch<sup>54</sup> beschermd in de genoemde rechtstak.

43. Omwille van deze centrale aandacht voor de afbakening van het gezinsbegrip hebben we het familierechtelijke luik van het onderzoek beperkt tot de wijzen van gezinsvorming<sup>55</sup> en zijn we niet nader ingegaan op vragen inzake rechtsmacht of op andere rechtsgevolgen van de betrokken rechtshandelingen, behoudens het algemene gevolg dat ze een bepaalde vorm van familielevens doen ontstaan. Bij

<sup>51</sup> Uit deze overweging blijkt het belang van een effectieve strijd tegen schijnhuwelijken. Ook dient ze te spelen bij de beoordeling van gezinssituaties die de openbare orde stuiten. Slechts zolang de familierechter bereid is om bepaalde rechtsgevolgen te verbinden aan bv. een polygaam huwelijk, kan tegenover een keuzerecht voor gezinshereniging door de eerste of een verdere echtgenote een daadwerkelijke (evenwel mogelijk beperkte) bescherming van het gezinsleven staan.

<sup>52</sup> Zoals gezegd gaan we in deze studie niet nader in op deze vraagstelling.

<sup>53</sup> Rechtspraak inzake sociale zekerheid heeft bv. minstens impliciet invloed uitgeoefend op de houding van de familierechter en van de verblijfsadministratie inzake polygamie.

<sup>54</sup> Ook al wordt bescherming in de praktijk alsnog geboden in toepassing van art. 9 Vreemdelingenwet, de genoemde bepaling schept geen recht en verwijst niet expliciet naar familielevens.

<sup>55</sup> De aanvankelijk beoogde studie van wijzen van beëindiging van gezinsleven is herleid tot een functionele studie, mede gezien het ruime onderzoek dat daar reeds naar is verricht en het mindere belang in het licht van het verblijfsrecht.

wijze van uitzondering staan we wél stil bij de rechtsgevolgen die in België aan een polygame gezinsrelatie worden verbonden. Deze aandacht is evenwel ingegeven door de vaststelling dat deze rechtsgevolgen in zekere zin de rol vervullen van gezinsvormende factoren. Polygamie kan in België immers niet *in se* worden erkend. Hoogstens worden er bepaalde rechtsgevolgen aan verbonden. Die rechtsgevolgen laten toe om alsnog aan te nemen dat tussen de betrokkenen een familierechtelijke verhouding bestaat. Een bespreking ervan kadert daarom in een bespreking van wijzen van gezinsvorming.

**44.** Onze aandacht voor het gezinsconcept is gegroeid vanuit het besef dat het familierecht een rechtstak is die verschillende rechtsculturen op heel directe wijze met elkaar confronteert en ruim inzicht biedt in de cultuur van het land van de bestudeerde rechtsorde. Dat is eenvoudig te verklaren door het gegeven dat de familiale structuur de meest intieme structuur is die tussen mensen bestaat. Het recht komt ook daar tussen, maar kan slechts in beperkte mate het gevoelsleven rationaliseren. De cultuur, eigenheden, tradities schijnen sterk door in het familierecht. Net om die reden werken nergens anders in het I.P.R. zoveel correctiemechanismen als in het familierechtelijke I.P.R., waar meerdere rechtssystemen, mogelijk met een sterk verschillende culturele achtergrond, met elkaar worden geconfronteerd. Die correctiemechanismen moeten toelaten dat de beoordeling wordt toegespitst op de concrete situatie en op concrete gevoeligheden die ontstaan door de grote invloed van culturele elementen en de botsing van culturen die daar mogelijk uit voortvloeit.

**45.** De mate waarin het internationaal privaatrecht van een rechtsorde omgaat met vreemde cultuurelementen laat toe om een eerste beeld te scheppen van de mate waarin die rechtsorde een multiculturele samenleving vertegenwoordigt. Dat beeld wordt evenwel pas vervolledigd als de link wordt gelegd, enerzijds met het beleid dat wordt gevoerd in het licht van andere relevante rechts-takken (*cf. supra*), anderzijds met de mate waarin een integratie- of inburgeringsbeleid wordt uitgebouwd<sup>56</sup>. Hanteren we integratie als een vereiste om de Belgische nationaliteit toe te kennen of om Belgisch recht op een vreemdeling toe te passen, dan moeten we daar redelijkerwijze een beleid tegenover plaatsen dat de betrokkene in staat stelt om vroeg of laat aan die voorwaarde te voldoen<sup>57</sup>.

**46.** Het onderzoek doortrekken naar deze belangrijke doelstelling zou ons te ver leiden. Niettemin wilden we er hier kort de aandacht op vestigen. Het belang ervan zal ongetwijfeld aan de orde komen bij een kritische evaluatie van de criteria die we verderop zullen aanreiken om te besluiten tot een voldoende stabiele ver-

<sup>56</sup> De afstand tussen maatschappelijke integratie in theorie (via het gelijkheidsbeginsel, via stemrecht) en in de praktijk (in welke mate beschouwen de betrokkenen zich daadwerkelijk als deelnemers aan de samenleving; in hoeverre maken ze gebruik van de aangeboden instrumenten?) bij vreemdelingen, evenals bij Belgen die zich in een marginale positie gedrukt voelen, kan slechts worden ingekort door middel van een effectief integratiebeleid.

<sup>57</sup> Zie ook D. JACOBS, *Nieuwkomers in de politiek. Het parlementaire debat omtrent kiesrecht voor vreemdelingen in Nederland en België (1970-1997)*, Gent, Academia Press, 1998: steeds is sprake van een wisselwerking tussen de betrokken culturen: receptie en adaptatie.

blijfssituatie. Deze criteria zullen we trouwens afleiden uit integratievermoedens die impliciet voorkomen in de bestaande Belgische verblijfs- en nationaliteitswetgeving.

## C. WERKINSTRUMENTEN

47. Het onderzoek hanteert drie grote werkinstrumenten: het gelijkheidsbeginsel, rechtspraak van 1980 tot 2002 en functionele rechtsvergelijking.

### C.1. DE RECHTSPRAAKANALYSE

#### C.1.A. KWANTITATIEVE AFBAKENING VAN DE RECHTSPRAAKANALYSE: HOOFDZAKELIJK UITGEGEVEN RECHTSPRAAK

48. Voor bepaalde gedeelten van onze analyse<sup>58</sup> konden we gebruik maken van een repertorium van gepubliceerde rechtspraak dat is aangelegd in het kader van het F.W.O.-project "G.0217.97"<sup>59</sup>.

49. We vroegen regelmatig onuitgegeven rechtspraak op, maar konden dat om redenen van *timemanagement* niet systematisch doen. De analyse steunt bijgevolg overwegend op gepubliceerde rechtspraak. Dit is de rechtspraak waarop partijen zich overwegend beroepen en waar rechters hun uitspraak overwegend mee stofferen. Een loutere studie van gepubliceerde rechtspraak kan evenwel bezwaarlijk representatief worden genoemd. Zowel advocaat als rechter baseren zich immers steeds mede op de uitkomst van vergelijkbare eigen zaken uit het verleden, die niet noodzakelijk zijn gepubliceerd.

50. Met deze laatste logische vaststelling is aangetoond dat het nuttig kan zijn om verder te gaan dan de gepubliceerde rechtspraak, al was het maar om de representativiteit ervan na te gaan.

Stelselmatig alle griffies raadplegen zou evenwel te tijdrovend zijn geweest. Selectiviteit zou op zijn beurt opnieuw vragen hebben doen rijzen m.b.t. de representativiteit. Een systematische raadpleging van alle hoven van beroep was mogelijk een goed compromis geweest. We hebben evenwel verkozen

om ter aanvulling van de rechtspraak waarover we beschikken en die waarnaar de geraadpleegde rechters ons verwezen, enkele rechters van eerste aanleg, raadsheren in enkele Hoven van Beroep, parketmagistraten en ambtenaren van de burgerlijke stand te contacteren met concrete vraagstellingen die toelaten een zeker zicht te bieden op het gezinsconcept dat in de rechtspraktijk wordt gehan-

<sup>58</sup> M.n. deze die de grondvereisten voor het huwelijk betreffen.

<sup>59</sup> F.W.O.-project "G.0217.97", uitgevoerd door M.-C. FOGLETS, G. FRANSSEN en D. NUYTS, waarvan neerslag in M.-C. FOGLETS, *Nieuwe culturen voor de rechter. Een analyse van de Belgische rechtspraak gepubliceerd na 1970*, Antwerpen, Maklu, te verschijnen.

teerd. Deze methodiek liet ons tevens toe om hypothetische vraagstellingen te formuleren.

### **C.1.B. KWALITATIEVE AFBAKENING VAN DE RECHTSPRAAKANALYSE: EEN LOUTER FUNCTIONELE ANALYSE**

**51.** Na deze kwantitatieve afbakening van de rechtspraakanalyse die we ten behoeve van dit onderzoek maakten, nodigt onze methode ons er eveneens toe uit om vooraf reeds een kwalitatieve verantwoording te formuleren voor de wijze waarop we met de beschikbare rechtspraak omgaan.

**52.** Dit onderzoek is er niet op gericht een overzicht van rechtspraak *sensu stricto* te geven. We gaven aan dat de rode draad door ons onderzoek erin bestaat de huidige impliciete en expliciete I.P.R.-regels te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel en verklaringen aan te reiken voor huidige en voor wenselijke keuzes. Onze analyse van de beschikbare rechtspraak is dan ook louter ingegeven door die doelstelling. We verwijzen – voor zover volledigheid mogelijk is en tevens relevant, gezien de vaststelling dat representativiteit hoedanook uitgesloten is – naar alle ons bekende rechtspraak, maar bouwen slechts voort op die uitspraken die ons tot nut kunnen zijn voor onze analyse. In dat opzicht biedt het onderzoek niet zonder meer een overzicht van de meerderheidsrechtspraak omtrent een bepaalde rechtsvraag. We relativeren evenwel opnieuw: op welke wijze kan met voldoende zekerheid worden achterhaald welke lijn de meerderheid van de rechters inzake een bepaald thema volgt?

**53.** Onze aanpak noodzaakt ons ertoe om met voldoende voorzichtigheid conclusies te trekken uit de geanalyseerde uitspraken. De vraag naar hun representativiteit geeft aan dat moeilijk in kaart te brengen valt in welke mate onze voorstellen vandaag reeds weerklank vinden binnen de rechtspraak in zijn geheel. We trachten ons dan ook zoveel mogelijk te onthouden van veralgemeningen. De lezer weze alvast gewaarschuwd: het onderzoek kan niet worden gelezen als een klassieke rechtspraakanalyse. De analyse is functioneel en dient als kapstok om de eigen redeneringen en voorstellen aan op te hangen, als raamwerk om onze opvattingen te kaderen en te illustreren.

### **C.1.C. CONCRETE BETRACHTINGEN VAN DE RECHTSPRAAKANALYSE**

**54.** We menen dat de principes van het gelijkheidsbeginsel altijd reeds in rechterlijke uitspraken vervat hebben gezeten, zij het mogelijk in een andere verschijningsvorm, bv. door de beoordeling toe te spitsen op de billijkheid of op de redelijke verwachting. Deze abstracte beginselen zijn soms concreet vorm gegeven in bepaalde rechtsbeginselen, zoals het belang van het kind en het recht van verdediging. In dat opzicht kunnen we stellen dat het gelijkheidsbeginsel op systematische wijze de richtlijnen zichtbaar maakt die de rechter sinds meerdere decennia hanteert. Ons onderzoek naar de toepassing van het gelijkheidsbeginsel is er dan ook op gericht om voor rechtspraak van zowel vóór als na de oprichting



van het Arbitragehof na te gaan in welke mate de criteria die de voornaamste bouwstenen zijn van het gelijkheidsbeginsel, met name de redelijkheid en de proportionaliteit, rechtspraak hebben geleid en nog steeds leiden.

**55.** We bestuderen ons rechtspraakrepertorium voornamelijk vanuit een billijkheidstoets. Dat gebeurt om twee redenen. Enerzijds zit dit beoordelingscriterium explicieter vervat in een groter aantal uitspraken dan het geval is voor het gelijkheidsbeginsel. Het onderzoekscriterium is m.a.w. ruimer hanteerbaar. Anderzijds laat het billijkheidscriterium niet toe om de redelijkheidstoets te ontlopen. Zijn de voorliggende situaties niet vergelijkbaar, dan volstaat zulks niet om de toets af te wijzen. Hoogstens kan de uitkomst van de toets erdoor worden beïnvloed<sup>60</sup>. Een gelijkheidstoets wordt daarentegen slechts doorgevoerd mits de situaties vergelijkbaar zijn.

**56.** Onze doelstelling bestaat er niet in om een systematisch overzicht te bieden van alle rechtspraak die gedurende de afgelopen twintig jaar is verschenen m.b.t. de bestudeerde materies. Onze analyse kadert wél binnen de betrachting om na te gaan a.h.v. welke criteria op zo billijk mogelijke wijze de grenzen kunnen worden getrokken waarbinnen in België diverse wijzen van gezinsvorming doorgang kunnen vinden.

**57.** We beogen in de eerste plaats om elke rechtsonderhorige die van goede trouw is een optimale rechtsbescherming te bieden binnen de grenzen van onze openbare orde en de grondslagen van ons verblijfsrecht<sup>61</sup>. We zullen niet nalaten van ons daarbij evaluatief op te stellen en waar nodig nieuwe voorstellen te suggereren.

We beseffen dat deze werkwijze gepaard moet gaan met voldoende historisch besef. De 'openbare orde' is een evolutieve notie. Keuzes die zijn gemaakt in het verleden moeten in het volle besef daarvan worden beoordeeld in het licht van de toenmalige invulling van het openbare-ordebegrip. Bij de evaluatie van elke uitspraak zullen we dan ook betrachten voldoende onderscheid te maken tussen de historische duiding van de uitspraak en de elementen die we er kunnen uithalen voor een billijke rechtsvinding in de toekomst.

#### **C.1.D. ACTUALISATIE VAN HET ONDERZOEK**

**58.** We hebben in dit onderzoek de gepubliceerde rechtspraak en verwijzingen naar hangende wetsvoorstellen systematisch bijgehouden en in de bespreking

<sup>60</sup> Besluit de rechter dat twee situaties niet vergelijkbaar zijn, dan zal niet zonder meer redelijk kunnen worden verwacht dat ze beide op een gelijke manier worden behandeld.

<sup>61</sup> We zullen weliswaar voorstellen formuleren tot aanpassing van de verblijfsregeling. De grondslagen van het verblijfsrecht, die zijn ingegeven door overwegingen van economische, sociale en morele orde, zullen evenwel gehandhaafd blijven, voorzover ze de billijkheidstoets o.i. doorstaan. Hoe moeilijk dergelijke oefening kan zijn, zal blijken in deel 4 (bespreking van de wijze waarop wordt omgegaan met polygamie).

verwerkt tot 18 februari 2003 (datum van eerste neerlegging). De uitgebreidheid van de onderzochte studiedomeinen (familierecht, verblijfsrecht en beperkt ook het sociaal recht) liet ons niet toe om dit werk in zijn totaliteit te actualiseren tot op het ogenblik van de definitieve neerlegging van het proefschrift (1 september 2003). Wetswijzigingen en evoluties die betrekking hebben op centrale onderzoeksthema's, zoals het I.P.R.-wetboek en de Europese Richtlijnen inzake gezinshereniging, zijn wél bijgehouden tot op die datum.

## C.2. EEN ECLECTISCHE, FUNCTIONELE RECHTSVERGELIJKING

59. Naast de rechtspraakanalyse steunen we ons op contacten met de Dienst Vreemdelingenzaken, op een literatuurstudie en op een eclectische, functionele rechtsvergelijking. Het laatste werkinstrument moet worden onderscheiden van de klassieke, systematische rechtsvergelijking. We hebben ons slechts gewijd aan een studie van de wijze waarop de bestudeerde rechtsstelsels met een bepaald buitenlands familie-instituut omgaan, voor zover dat ons tot inspiratie kan dienen. Onze aandacht is eclectisch, in dat opzicht dat we niet steeds systematisch alle oplossingsmodellen in de drie gekozen rechtsstelsels – het Nederlandse, Duitse en Franse recht – nagaan<sup>62</sup>. Daar waar we n.a.v. onze lectuur op interessante buitenlandse oplossingsmodellen zijn gestoten, hebben we die in ons onderzoek verwerkt.

We steunen onze keuze voor rechtsvergelijking met het Nederlandse, Franse en Duitse recht enerzijds op de grote invloed die het Franse en het Duitse recht steeds hebben uitgeoefend op het internationaal privaatrecht, met de introductie van begrippen als 'effet atténué de l'ordre public' (de verzachte werking van de B.I.P.O.O.-exceptie wanneer de situatie geen nauwe banden met de Belgische rechtsorde vertoont)<sup>63</sup> en 'Inlandsbeziehung' (aandacht voor factoren die de situatie nauw doen aanknopen bij de rechtsorde van het *forum*) en op de systematische wijze waarop in Nederland door de jaren heen een globaal vreemdelingenbeleid over de rechtstakken heen is ontwikkeld.

Anderzijds is onze keuze ingegeven door de vaststelling dat de vreemdelingen-

<sup>62</sup> Ook op de algemene lijnen van de betrokken I.P.R.-stelsels gaan we slechts in wanneer dat ons onderzoek van dienst kan zijn. De diversiteit waardoor elk I.P.R.-stelsel wordt gekenmerkt maakt het hoedanook moeilijk om een algemeen beeld te schetsen. Dergelijke schets van alleen al de wijze waarop de rechter omgaat met de interpretatie van vreemd recht vormt het voorwerp van recent doctoraatsonderzoek: S. GEEROMS, *Foreign law in civil litigation: a comparative and functional analysis*, doct. 2002.

<sup>63</sup> O.m. Brussel 26 oktober 1983, *T. Vreemd*. 1985-86, afl. 36-37, 29. Meerdere Franse arresten inzake familierechtelijk I.P.R. worden tot op vandaag door de Belgische rechter aangehaald bij wijze van schoolvoorbeeld, zie o.m. de verwijzing in de aangehaalde uitspraak, naar de arresten Chemouni en Rivière: "que cette reconnaissance de la polygamie est admise en France depuis un arrêt de la Cour de Cassation du 28 janvier 1958 (*R.C.D.I.P.* 1958, 110) cité dans l'avis du ministère public (page 4) qui dans un arrêt du 3 janvier 1980 (*Clunet* 1980, 327...) a décidé "qu'en cas de mariage polygamique régulièrement contracté à l'étranger, le second conjoint et ses enfants légitimes peuvent prétendre, en ces qualités, concurremment avec le premier conjoint et ses propres enfants, exercer les droits reconnus par la loi successorale française, soit au conjoint survivant, soit aux enfants légitimes".

problematiek van de vier landen sterke overeenkomsten vertoont. Het betreft vier buurlanden die alle tot de Schengenzone behoren en dus op gelijkaardige wijze en tijdstippen met immigratiestromen (kunnen) worden geconfronteerd. Bovendien laat het feit dat ze alle behoren tot de westers-continentale rechtsfamilie toe dat hun rechtstechnieken soepel met elkaar worden vergeleken. Aangezien de *common-law*stelsels het domiciliebeginsel hanteren, wordt er nauwelijks buitenlands recht toegepast. Om die reden is een vergelijking met hun oplossingsmodellen voor dit onderzoek niet interessant.

**60.** Dit neemt niet weg dat een studie van bv. het Engelse I.P.R. wel tot andere interessante onderzoeksresultaten zou hebben geleid. Er is ons de suggestie gedaan om onze rechtsvergelijkende studie uit te breiden tot de Engelse rechtsorde. De verschillende aanknopingsstechniek die *common-law*stelsels hanteren, had ons mogelijk kunnen inspireren voor de evaluatie van ons eigen aanknopingsvoorstel.

Niettemin hebben meerdere elementen ons ertoe gebracht om het belang van een studie van deze rechtsorde te relativeren.

De oorspronkelijke onderzoeksaanvraag beperkte het onderzoek tot een analyse van Belgische rechtspraak. Gaandeweg het onderzoek werden de resultaten van die analyse uitgebreid met standpunten uit de rechtsleer. Langs die weg is de idee gegroeid om af en toe over de grenzen te gaan kijken. Het bleef evenwel bij een aftastende verkenning. Meer aandacht voor buitenlands recht zou tot een ander proefschrift hebben geleid. Uit tijdgebrek – we beschikten hoedanook reeds over een massa bronnenmateriaal – zouden we onze centrale doelstelling om rechtstakoverschrijdend onderzoek te verrichten, minder grondig hebben kunnen realiseren. We hebben ervoor gekozen om dat niet te doen. Het is o.i. aangewezen dat een doctoraat in het vreemdelingenrecht zich in de eerste plaats richt op een integratieve studie van zoveel mogelijk facetten van dit functionele rechtsdomein en hun onderlinge doorwerking.

Niettemin beseffen we dat het baanbrekend had kunnen zijn om een studie van het Belgische I.P.R. te toetsen aan het *common-law conflict-of-laws*oplossingsmodel. We geven het graag mee als aanbeveling voor verder onderzoek. Het model zou bv. een mooie invalshoek vormen om het voorliggende ontwerp van I.P.R.-codex te toetsen, dat – weliswaar niet voor het familierecht, maar wel voor de andere I.P.R.-domeinen – naar een domicilieaanknopning neigt.

**61.** Naast functionele rechtsvergelijking met het I.P.R. van Nederland, Duitsland en Frankrijk deden we aan rechtsvergelijking op een tweede niveau. We hebben het nuttig bevonden om te illustreren in welke mate bepaalde buitenlandse, ons onbekende rechtsinstituten (nog) daadwerkelijk een rol vervullen in de regelgevingen waarin ze zijn opgenomen. Aangezien we systematisch de wijzen van gezinsvorming die ons bekend zijn, hebben willen overlopen, zonder ons te beperken tot die instituten waarmee de Belgische rechtsorde vooralsnog is geconfronteerd, zijn bepaalde gedeelten van het onderzoek onvermijdelijk nauwelijks of

niet gestoffeerd met rechtspraak. Een blik op het familierecht van een vijftigtal landen kan – zonder volledigheid te beogen<sup>64</sup> –

een zeker licht werpen op de vraag in welke mate buitenlandse rechtsordes nog vertrouwd zijn met de besproken rechtsfiguren.

We zijn evenwel voorzichtig in onze uitspraken. We vulden de studie van buitenlandse wetgeving weliswaar aan met een literatuurstudie, met de bedoeling om de wetten te kaderen in het geheel van de buitenlandse rechtsorde. Deze literatuurstudie bleef evenwel noodgedwongen beperkt. De vraag rijst of de noodzakelijke selectie op grond van de taal waarin de bijdragen zijn geschreven (Engels, Frans, Duits, Spaans) geen vertekend beeld schept van de beschreven buitenlandse rechtsfiguren. Een vertaling houdt het risico in dat babylonische spraakverwarringen en hierdoor misvattingen optreden tijdens de kwalificatie-oefening. Termen zoals voogdij, pleegvoogdij, pleegzorg, alsook adoptie en verwantschap krijgen in meerdere rechtsordes een verschillende invulling. Een beschrijving van buitenlands recht in een andere dan de officiële taal of 'erger' nog: door auteurs die geen onderdaan zijn van de Staat waarvan de rechtsorde wordt besproken, dreigt door de gehanteerde termen te misleiden. Niet één, maar twee vertalingen, m.n. door de auteur en door de Nederlandstalige lezer, komen tussen alvorens deze laatste met zijn kwalificatie-oefening van start kan gaan.

Ook is het de vraag op grond van welke criteria wordt besloten om islamitische geschriften al dan niet te vertalen naar het Frans of het Engels. Genieten de auteurs – niet zelden emigranten – in de betreffende rechtsordes effectief autoriteit of draagt hun werk het label niet-authentiek en verwesterd te zijn? Deze vraag is een aparte onderzoeksvraag die ondanks zijn belang niet mee opgenomen kan worden in dit onderzoek, niet alleen omwille van het omvattende karakter van de studie die er een antwoord op moet bieden, maar ook en bovenal omdat dergelijk onderzoek een grondige kennis van het Arabisch vergt.

### C.3. EEN LOUTER THEORETISCHE BENADERING

**62.** Het onderzoek is theoretisch gebleven en werd niet aan de praktijk getoetst d.m.v. veldwerk. Veldwerk ligt niet binnen de geplogenheden van de rechtsfaculteit waar het onderzoek werd verricht. Aanvankelijk was het onderzoek bovendien opgevat als een – van nature theoretische – rechtspraakanalyse. Deze twee elementen hebben er mede toe geleid dat in de aanvankelijke onderzoeks-

<sup>64</sup> De precieze toepassing van een rechtsregel kennen, veronderstelt een grondige studie van de rechtspraak betreffende de betrokken regel. Niet alleen is zulks zowel qua tijd als qua beschikbare bronnen onhaalbaar geweest. Ook bleek het niet eenvoudig om actuele informatie te verkrijgen via de consulaten. We hebben meermaals moeten nemen met de raadpleging van twee werken die bekend staan om hun nauwgezetheid wat betreft de opvolging van buitenlandse regelgeving en de praktische toepassing ervan. Het betreft de verzamelbanden BERGMANN en FERID, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Frankfurt am Main/ Berlin, Verlag für Ständesamtswesen, losbl. en J. VAN DE VELDE, *Burgerlijke stand. Internationale burgerlijke stand*, Brugge, Vandenbroele, losbl.

omschrijving geen ruimte werd ingebouwd voor veldwerk en/of voor de oprichting van een stuurgroep met vertegenwoordigers uit het studieveld dat het onderzoek beslaat, die de studie periodiek zou opvolgen en toetsen aan de praktijk.

Gaandeweg het onderzoek zijn we voor onszelf tot de vaststelling gekomen dat beide opties wenselijk waren geweest, om het nut van de gemaakte analyses en beleidsvoorstellen die uit het doctoraat voortvloeien tijdig op hun haalbaarheid te kunnen toetsen. Veldwerk en bijeenkomsten met een stuurgroep werken ongetwijfeld stimulerend voor de onderzoeker, die de uitkomsten van zijn of haar theoretische benadering kan toetsen aan de praktijk en hierdoor haalbare voorstellen kan formuleren. Een systematische wisselwerking tussen theorie en praktijk werpt ongetwijfeld zijn vruchten af voor een onderzoek met relevantie voor het beleid.

Op het ogenblik van dat besef resteerde evenwel niet meer de nodige tijd voor veldwerk en/of stuurgroepbegeleiding. Dergelijke methodes vergen overigens dat het onderzoek op een heel systematische manier wordt verricht. Wij hebben ons daarentegen van in het begin de vrijheid gegund om regelingen onderling te vergelijken, en nu eens systematisch de familierechtelijke en de verblijfsrechtelijke regeling samen te behandelen, dan weer ons gedurende een hele periode exclusief op één van beide onderzoeksdomeinen te concentreren.

We hebben alsnog getracht om via regelmatige contacten met de Dienst Vreemdelingenzaken en met enkele ambtenaren en rechters, instanties waaraan we meerdere vragenlijsten hebben kunnen doorsturen, enigszins een weerspiegeling te krijgen van hoe theorie en praktijk zich in de onderhavige materie tot elkaar verhouden. We hebben ook meermaals om evaluaties van onze voorstellen gevraagd. Dat kon echter niet systematisch gebeuren, gezien de afwezigheid van een adviesstructuur. Dergelijke structuur had de betrokkenen in de mogelijkheid kunnen stellen om meer arbeidsuren aan de vragen te besteden. De bijdragen van de betrokkenen aan deze studie kwamen steeds bovenop hun dagelijkse takenpakket. We danken hen oprecht voor hun vrijwillige medewerking.

## HOOFDSTUK 2. STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK

### A. DRIE TOEGANGSPOORTEN TOT HET ONDERZOEK (DEEL 2)

63. In een tweede deel openen we drie toegangspoorten tot het onderzoek.

#### A.1. EERSTE TOEGANGSPOORT

64. In een eerste toegangspoort evalueren we de huidige toepassing van het gelijkheidsbeginsel in het Belgische familierecht. We spitsen ons daarbij toe op de gelijke behandeling van man en vrouw en op de familierechtelijke behandeling van homo- en transseksuelen. Het belang van deze toegangspoort voor ons onderzoek ligt voor de hand. Het internationaal privaatrecht kan niet worden losgedacht van internrechtelijke evoluties<sup>65</sup>. Deze bepalen immers mee de invulling van het evolutieve B.I.P.O.O.-beginsel. Niet alleen verduidelijken ze waarom soepeler wordt omgegaan met bepaalde buitenlandse rechtsfiguren. Ook bieden ze een leidraad om zelf te evalueren in welke mate best wordt omgegaan met vragen die zich tot nog toe niet hebben gesteld voor de rechter, of om de gestrengheid waarmee de B.I.P.O.O.-exceptie wordt ingeroepen, of ruimer alle redenen waarom wordt afgestapt van de toepassing van nationaal recht, te beoordelen op haar rechtvaardiging. Een groeiende openheid voor nieuwe wijzen van gezinsvorming in het interne familierecht kan immers wijzen op een groeiende openheid voor buitenlandse familierechtelijke instituten. Heerst een duidelijke discrepantie tussen de openheid van het interne recht en de houding binnen het internationaal privaatrecht t.a.v. buitenlandse rechtsfiguren waarmee niettemin een zekere vergelijkbaarheid bestaat, dan moet worden nagegaan welke rechtvaardiging aan dat verschil in behandeling wordt en kan worden gegeven.

#### A.2. TWEEDE TOEGANGSPOORT

##### A.2.A. DE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET GEHEEL VAN HET RECHT

65. Vervolgens bespreken we de rol van nationaliteit in het geheel van het recht en wijzen we op de vele interacties met andere rechtsbegrippen. In het internationaal privaatrecht en in het Europese recht (Europees burgerschap met vrij verkeer van personen tot gevolg) heeft de nationaliteit aan belang gewonnen. Het Belgische nationaliteitsrecht versoepelt steeds meer de voorwaarden tot verwerving van de Belgische nationaliteit, om op die manier formele gelijkheid te bevorderen. Art. 191 G.W. biedt immers een grondwettelijke grondslag voor wettelijke

---

<sup>65</sup> O.m. A. VONKEN, "Rechtsvinding in het hedendaagse internationale familierecht", *F.J.R.*, 1991, 51 (omgekeerd ook oefent het internationaal privaatrecht vandaag invloed uit op de ontwikkeling van het materiële recht); H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-IPR*, Deventer, Kluwer, 1985, 22: "krypto-I.P.R. is een op internationale brandstof lopende motor (...), die aandrijft tot internrechtelijke variaties en antwoorden, welke via rechterlijke uitspraken hun beslag krijgen... is een manifestatie van de integratieve krachten in een rechtsstelsel".

afwijkingen van het gelijkheidsbeginsel op grond van nationaliteit. Door de verwerving van de Belgische nationaliteit gemakkelijker te maken voor vreemdelingen, wordt voor hen a.h.w. een correctie op art. 191 G.W. geboden. De vraag is evenwel of het nationaliteitsrecht het meest aangewezen middel is om gelijke behandeling van geïntegreerde vreemdelingen te verwezenlijken (*cf. supra*).

**66.** Bovendien worden twee verschijnselen door een overdreven nadruk op deze uniformiserende rol van de nationaliteit op de achtergrond gedrongen.

**67.** Vooreerst blijven in meerdere rechtstakken vormen van al dan niet gerechtvaardigde ongelijke behandeling bestaan tussen vreemdelingen (die de Belgische nationaliteit niet kunnen of willen verwerven) en Belgen. Nochtans verbieden meerdere internationale verdragen ongerechtvaardigde ongelijke behandelingen op grond van nationaliteit. Het belang van een beperkt onderzoek hiernaar blijkt uit de vaststelling dat ongelijke behandeling op één welbepaald domein steeds doorwerkt in andere facetten van het maatschappelijke leven. Een voorbeeld is het beleid inzake schijnhuwelijken. Een vernietiging van het huwelijk wordt in het merendeel van de gevallen gesteund op de vaststelling dat de betrokkene is gehuwd met een louter verblijfs- of arbeidsrechtelijk oogmerk. Het is dan ook evenzeer van belang om in voldoende waarborgen tegen fraude te voorzien binnen deze rechtstakken, als in het familierecht zelf.

De mate waarin het gezinsleven in het gezinsherenigingsrecht wordt beschermd, wordt bepaald door verblijfsrechtelijke overwegingen die nauwelijks<sup>66</sup> uitstaans hebben met dat familieleven. Naargelang van het verblijfsrechtelijke statuut van het gezinslid dat reeds wettig in België verblijft, is het recht om zich door familieleden te laten vervoegen min of meer uitgebreid.

Om deze en andere vaststellingen nader te bestuderen, halen we het verbod aan van discriminatie op grond van nationaliteit, zoals het voorkomt in meerdere verdragen (E.V.R.M., (U.V.R.M.), I.V.B.P.R., I.V.R.K., ECOSOC, I.V.U.R., Europees nationaliteitsverdrag, Europees verdrag voor de internationale bescherming van minderheden). Ook bestuderen we rechtspraak die de huidige benadering van deze grond van ongelijke behandeling illustreert.

**68.** Ten tweede boet het begrip nationaliteit als eenvormig begrip steeds meer aan belang in. EU-burgers en bepaalde gelijkgestelden genieten al op vele domeinen een gelijke behandeling als Belgen. Binnen de EU is de rol van nationaliteit zo goed als uitgespeeld<sup>67</sup>. Bipatriden met o.m. de Belgische nationaliteit zien hun buitenlandse nationaliteit(en) in België elke praktische juridische betekenis ontnomen<sup>68</sup>. Op staatlozen en erkende vluchtelingen wordt het domiciliebeginsel

<sup>66</sup> Weliswaar wekt een sterkere verblijfstitel sneller het vermoeden dat België de meest geschikte plaats is om het gezinsleven te situeren. Dit vermoeden geeft evenwel slechts een verklaring aan de keuze om te differentiëren naargelang van de duur van het verblijf, en niet naargelang van de nationaliteit van de rechtgevende.

<sup>67</sup> Wél denken we nog o.m. aan het stemrecht voor de nationale verkiezingen.

<sup>68</sup> Bepaalde rechtspraak houdt niettemin nog rekening met de andere nationaliteit, in het licht van

toegepast.

**69.** We gaan na in hoeverre de wetgever bij de opeenvolgende wijzigingen van het nationaliteitsrecht is geïnspireerd door of minstens rekening heeft gehouden met de doorwerking ervan in andere rechtstakken, zoals het I.P.R., het sociale-zekerheidsrecht, het staatsrecht (toekenning van politieke rechten). In hoeverre vervult het criterium nog een rechtstakoverschrijdende en daardoor harmoniserende rol in het Belgische recht?

#### A.2.B. DE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET I.P.R.

**70.** Het tweede deel van deze tweede toegangspoort verenigt de eerste toegangspoort met de studie van het nationaliteitsrecht en baant de weg voor het verdere onderzoek. We ontsluiten enkele I.P.R.-technieken die door hun doelstelling en door hun ruime aanwending de bedenkingen bij de huidige aanknopings voor de staat van de persoon aanzwengelen. Steeds meer wordt afgeweken van de klassieke toepassing van het nationale recht van de betrokkenen. Het internationaal privaatrecht is geëvolueerd van een voornamelijk *formeel* verwijzingsrecht naar een steeds meer *materieel* conflictoplossingsrecht. Materieel-rechtelijke waarden, zoals het belang van het kind<sup>69</sup>, de gelijkheid der seksen, een *favor matrimonii*, en blanco-normen zoals de redelijkheid, billijkheid en goede trouw<sup>70</sup>, worden verdisconteerd, zowel op het niveau van de verwijzing, als op het niveau van de toepassing van de aangewezen regel<sup>71</sup>. Blijkt die in haar uitwerking één van de genoemde beginselen te schenden, dan wordt ze buiten toepassing gelaten. Over die materiële en niet louter formele rol van de beginselen van het materiële recht voor het internationaal privaatrecht bestaat weliswaar nog controverse gezien de manipuleerbaarheid van de genoemde beginselen. Een redelijke afweging van een concrete situatie aan de beginselen is o.i. evenwel niet alleen toelaatbaar, maar tevens vereist in het licht van het materiële gelijkheidsbeginsel.

**71.** Strijdigheid met fundamentele beginselen of een moeilijke kenbaarheid van het buitenlandse recht zijn *inhoudelijke* redenen om af te wijken van een aankno-

---

het beginsel van de meest effectieve nationaliteit: cf. *infra*, deel 3.

<sup>69</sup> Het belang van het kind is volgens bepaalde auteurs een algemeen rechtsbeginsel geworden: A. VAN GYSEL, "L'intérêt de l'enfant. Principe général de droit", *T.B.B.R.* 1988, 186-205; volgens anderen is het geen algemeen rechtsbeginsel, maar wel een normatief beginsel: E. DE KEZEL, "Het begrip 'het belang van het kind'", *R.W.* 1998-99, 1163-1167. *Contra*: P. SENAËVE, "Het belang van het kind in het Belgische familierecht", in M. ROOD-DE BOER (ed.), *Met het oog op het belang van het kind*, Deventer, Kluwer, 1988, 122.

<sup>70</sup> De toepassing van deze beginselen gaat heel ver. Zo wordt op grond ervan bv. het voordeel van putatief huwelijk verleend, ook wanneer de rechtsorde van de betrokkenen het putatief huwelijk niet kent: zie J. ROODHOOFT, "Schijnhuwelijken: het huwelijksinstituut misbruikt", *R.W.* 1991-92, 209-222.

<sup>71</sup> T.M. DE BOER, De wisselwerking tussen materieel recht en conflictenrecht, pre-advies uitgebracht voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer, Kluwer, 1993, 91 p.; T.M. DE BOER, "De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht. Ontwikkelingen in de jaren zeventig", *N.J.B.* 1980, 785-796; K. SIEHR, "Wechselwirkungen zwischen Kollisionsrecht und Sachrecht", *Rabelsz.* 1972, 466-484; V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1249.



ping bij de nationale wet. Daarnaast werd reeds in meerdere onderzoeken<sup>72</sup> de vraag opgeworpen of het *principieel* nog wenselijk is om art. 3, derde lid B.W. te blijven toepassen. De afgezwakte rol van de nationaliteit als identiteitsbepaler enerzijds en het voordeel dat de toepassing van de wet van het land van verblijf tevens integratiebevorderend werkt anderzijds, worden daarbij als tegenindicaties aangehaald.

**72.** We vertrekken vanuit de vaststelling van eerder onderzoek dat niet alle vreemdelingen in dezelfde mate een band hebben behouden met (het recht van) hun land van oorsprong. Kan een oordeel over integratie nog worden gestoeld op factoren die door de handelingen van de betrokkenen zelf, m.n. migratie, aan identiteitswaarde hebben ingeboet? Een ver doorgedreven verfijning van het I.P.R. naargelang van de concrete situatie en wil van de vreemdeling, verleent rechtspraak dan weer een al té casuïstiek karakter. Dit verhoogt de rechtsonzekerheid bij de rechtsonderhorige. Daarom moeten zekere criteria worden uitgedacht, die het concrete streven naar gelijke behandeling enigszins kanaliseren. In de erkenning van het materiële aspect van het gelijkheidsbeginsel<sup>73</sup> kan een verwijzing worden gezien naar het criterium van de nauwste band. De nadruk op een gelijke behandeling naar resultaat geeft immers de noodzaak aan om aandacht op te brengen voor de concrete situatie, zo ook voor de band die het individu heeft met een bepaald land en diens rechtsorde. In dat licht kunnen de verblijfsduur en de samenstelling van het gezin pertinente criteria zijn om de stabiliteit van de migratie te evalueren.

**73.** We gaan bij ons I.P.R.-onderzoek dan ook uit van de hypothese dat er twee categorieën van vreemdelingen zijn: zij die in een situatie van gestabiliseerd verblijf verkeren en zij die dat (nog) niet doen. Het onderscheid bepaalt de grens tussen die vreemdelingen voor wie we toepassing van het domiciliebeginsel bepleiten en vreemdelingen die – naar de door ons vooropgestelde criteria – nog steeds voornamelijk banden vertonen met het recht van de Staat waarvan ze de nationaliteit hebben.

**74.** Omwille van het centrale belang van de notie ‘gestabiliseerd verblijf’ in ons onderzoek, gaan we hierna in op de invulling ervan.

Ons interne recht hanteert in zijn huidige constellatie impliciete vermoedens van integratie t.a.v. bepaalde vreemdelingen. Deze vermoedens zitten vervat in het verblijfsrecht, meer bepaald de toegangsvoorwaarden tot de vestiging, en in het nationaliteitsrecht, in de voorwaarden om de Belgische nationaliteit te verwerven. Beide rechten zijn immers van die aard dat ze slechts zullen worden toegekend aan vreemdelingen die een voldoende sterke band hebben met de Belgische rechtsorde. Vestigt een vreemdeling zich in België of neemt hij de Belgische nationaliteit aan, dan vrijwaart zulks hem – behoudens in het eerste geval in uitzon-

<sup>72</sup> O.m. J. MEEUSEN (1997) en V. VAN DEN EECKHOUT (doct.).

<sup>73</sup> Naast een formele gelijke behandeling (gelijke behandeling door de wet) moet een materiële gelijke behandeling (gelijke behandeling naar resultaat) worden nagestreefd.

derlijke omstandigheden – van uitzetting.

De criteria op grond waarvan een recht op vestiging of op nationaliteitsverwerving wordt verleend, worden soeverein bepaald. Ze vormen niet gemakkelijk het voorwerp van inter- of supranationale inmengingen, aangezien aan de nationale Staten een ruime beoordelingsmarge wordt gelaten<sup>74</sup>. We kunnen dus besluiten dat de rechthebbenden naar Belgisch recht soeverein geacht worden een stabiele verblijfsspositie te hebben. Niettemin opteren we ervoor om voor het I.P.R. niet alle criteria te hanteren die de betrokken wetgevingen aanreiken. Bepaalde ervan zijn o.i. ongeschikt om een overwegende band met de Belgische rechtsorde uit af te leiden<sup>75</sup>. We staan in de tweede toegangspoort nader stil bij onze beoordelingscriteria in dit verband.

**75.** In het publiekrecht bepaalt niet de vreemdeling zelf, maar de wetgever, via externe, vaak in de Grondwet vastgestelde criteria, de mogelijkheid om diens rechtspositie in België te verstevigen: een voordeliger verblijfsstatuut, het Belgische staatsburgerschap, politieke rechten. De situatie is verschillend in het privaatrecht, waar een individu via het aangaan van bepaalde verbintenissen, bv. het huwelijk, zélf kan trachten zijn rechtspositie te verstevigen. Naar familierechtelijk I.P.R. is het daarom van belang om een verschil in behandeling op *objectieve* criteria te baseren en vreemdelingen niet de mogelijkheid te laten om door handelen of stilzitten te bepalen welk recht op hen van toepassing is. Dergelijke rechtskeuze wordt door bepaalde auteurs wél voorgesteld<sup>76</sup>, maar kan o.i. minder gemakkelijk verzoend worden met het gelijkheidsbeginsel<sup>77</sup>. Een onderscheid tussen vreemdelingen is slechts objectief verantwoord als op personen met eenzelfde hoedanigheid dezelfde regel wordt toegepast. De notie 'gestabiliseerde verblijfsspositie' kan m.a.w. niet worden gekoppeld aan de vereiste dat de betrokkenen daadwerkelijk de Belgische nationaliteit verwerven of zich hier daadwerkelijk vestigen. Door louter rekening te houden met de Belgische normen terzake – m.a.w. met de objectieve criteria – worden alle vreemdelingen die zich in een vergelijkbare objectieve situatie, zowel onderling als t.a.v. Belgen, bevinden, gelijk behandeld. Een gestabiliseerde verblijfsspositie heeft naar onze definitie "eenieder die aan de criteria voldoet om zich in België te vestigen, om aanspraak

<sup>74</sup> Dit in tegenstelling tot beslissingen tot weigering van binnenkomst of verblijf (van niet-permanente aard) en tot verwijdering.

<sup>75</sup> Cf. *infra*, deel 2B, voor o.m. de kritiek op art. 12bis §1, 2° W.B.N.

<sup>76</sup> o.m. J.Y. CARLIER, *L'autonomie de la volonté dans les matières de statut personnel*, Brussel, Bruylant, 1992, 468 p.; J. ERAUW, *De bron van het vreemde recht vloeit overvloedig*, (inaugurale rede), Brussel, E. Story Scientia, 1985, 35.

<sup>77</sup> Zie o.m. argumenten M.C. FOLETS, "Conflits conjugaux et immigration. Libérer la femme musulmane malgré elle?", *Ann. Dr. Louv.* 1999, 67; V. VAN DEN EECKHOUT, *De wet toepasselijk op het huwelijk en de huwelijksontbinding van nationaliteitsgemengde partners. De impulsen van de confrontatie van het IPR met "gemengde" partnerrelaties voor de ontwikkeling van het conflictenrecht*, doctoraat, 1997, nr. 1391; pleidooi voor een beperkte vrije keuze: M.C. FOLETS (ed.), *Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1998, 269 en "Un droit pour ou par ses destinataires? Les complexités du rattachement juridique de l'alliance matrimoniale entre partenaires immigrés", in M.C. FOLETS (ed.), *Famille – Islam – Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 149.

te maken op gezinshereniging of om de Belgische nationaliteit te verwerven”.

**76.** Het onderscheid tussen vreemdelingen met en vreemdelingen zonder een stabiele verblijfspositie zal een centrale rol vervullen bij onze toepassing van het gelijkheidsbeginsel op de bestudeerde materie: het uitgangspunt van het onderzoek is dat de nationaliteit voor familierechtelijke materies, en dus ook voor de invulling van het begrip ‘gezin’, enerzijds aan betekenis inboet wanneer het vreemdelingen met gestabiliseerd verblijf in België betreft en anderzijds haar nut blijft behouden inzake gezinsherenigingsrecht (m.a.w. voor nieuwe migranten). Onze stelling is dat de twee categorieën best verschillend worden behandeld omdat ze zich in verschillende situaties bevinden. Het I.P.R. is immers, zoals we reeds hebben gesteld, oorspronkelijk geënt op het beginsel van verwijzing naar de rechtsorde waarmee de sterkste band bestaat. Bij de eerste groep is dat o.i. de Belgische rechtsorde, bij de tweede groep over het algemeen de rechtsorde van het land waarvan de betrokkene de nationaliteit heeft. Om die reden ook worden de twee categorieën doorheen het hele onderzoek afzonderlijk benaderd, en zal per rechtsfiguur de analyse en de beoordeling ervan zich toespitsen op mogelijke verschillen in behandeling en hun wenselijkheid<sup>78</sup>.

### A.3. DERDE TOEGANGSPOORT

**77.** Een derde toegangspoort opent de weg om de studie van het gezinsconcept door te trekken naar het verblijfsrecht. We geven een kort overzicht van de aandachtspunten in het gezinsherenigingsrecht, en staan stil bij enkele kritieken in het licht van het gelijkheidsbeginsel, zij het nog los van een systematische studie van het gezinsconcept dat binnen deze rechtstak wordt gehanteerd. Enerzijds stelt het gezinsherenigingsrecht meerdere vormen van verschillende behandeling op grond van nationaliteit in. Staat het nationaliteitscriterium daarbij werkelijk centraal, en zoja, is het gerechtvaardigd? Of verhuult het een ander – bv. financieel<sup>79</sup> – criterium? Dat laatste kan mogelijk blijken uit bijkomende eisen inzake bestaansmiddelen, huisvesting en sociale verzekering. De genoemde binnenkomstvoorwaarden geven reeds bij een eerste kennismaking aan dat het gezinsconcept in het verblijfsrecht niet overeenstemt met dat van het familierecht. In het verdere onderzoek zullen we deze vaststelling verder uitwerken a.h.v. concrete illustraties.

<sup>78</sup> We gaan niet in op volgende interessante aanverwante vragen: de vraag naar een Europees familierecht (hierover o.m. D. VAN GRUNDERBEECK (2002)), de vraag hoe vreemdelingen de keuzes binnen het I.P.R., of meer algemeen de rechtstoegang in België ervaren (zie hierover o.m. M.-CL. FOLETS (1998); M.-CL. FOLETS, aangeh. FWO-project, de vraag met welke technieken een verkeerde interpretatie van het vreemde recht kan worden vermeden (S. GEE-ROMS, *Foreign law in civil litigation: a comparative and functional analysis*, doct., 2002).

<sup>79</sup> Zie o.m. A. HEYVAERT, aangeh. door H. JACOBS, “Het gelijkheidsbeginsel in het Belgische internationaal huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht”, *R.W.* 1992-93, 28: “De basis voor sociale gelijkheid zit niet in het recht, wel in de economie”. Zie ook H. WILLEKENS, *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Een theoretische verkenning*, doct., Antwerpen, Kluwer, 1991.

## B. HET ONTSTAAN VAN GEZINSLEVEN TUSSEN PARTNERS (DELEN 3 EN 4)

**78.** In een derde deel behandelen we systematisch de wijzen waarop gezinsleven tussen partners kan ontstaan.

Vooreerst gaan we dit na voor het familierecht, d.m.v. systematisch onderzoek van alle voorwaarden voor het huwelijk en van de familierechtelijke kwalificatie van buitenhuwelijkse partnerrelaties.

Vervolgens onderzoeken we op welke wijze in het gezinsherenigingsrecht rekening wordt gehouden met partnerrelaties.

Tenslotte vergelijken we beide gezinsconcepten en evalueren we ze in het licht van de ruimere kadering van partnerrelaties tussen of met vreemdelingen in het geheel van het recht. Telkens wordt een onderscheid gemaakt tussen vreemdelingen met en vreemdelingen zonder stabiele verblijfsspositie. Willen wij het gezinsleven van eenieder beschermen en die bescherming niet enkel formeel, maar ook materieel doorvoeren, in het kader van het gelijkheidsbeginsel, dan moeten we oog hebben voor de concrete uitwerking van dat beginsel. We stellen ons de vraag of het niet is aangewezen dat het verblijfsrecht systematisch eerbied opbrengt voor gezinsleven dat door het personele recht (geschreven, jurisprudentieel of gewoonterecht<sup>80</sup>) van een nieuwe migrant wordt erkend. We stellen m.a.w. de vraag naar de transposeerbaarheid van het familierechtelijke gezinsconcept dat ons het meest gerechtvaardigd lijkt, naar het verblijfsrecht, meer bepaald het gezinsherenigingsrecht. Vooreerst wordt a.h.v. rechtspraak inzake gezinshereniging onderzocht of in de huidige constellatie van het verblijfsrecht eenzelfde gezinsconcept wordt gehanteerd als in het familierecht. Is dat niet het geval, dan onderzoeken we de reden en verantwoording daarvoor.

**79.** De Belgische rechtsorde blijkt op drie verschillende manieren om te gaan met buitenlandse rechtsregels, naargelang het erom gaat ze hetzij rechtstreeks toe te passen in België, hetzij enkel de gevolgen van een rechtssituatie te erkennen die in toepassing van de regel in het buitenland is ontstaan, hetzij de rechtsregel of de gevolgen van zijn toepassing in te roepen in het kader van het gezinsherenigingsrecht. Deze onderscheiden aanpak blijkt heel duidelijk uit de wijze waarop

---

<sup>80</sup> De notie 'gewoonterecht' kan het voorwerp vormen van meerdere interpretatievragen: wordt er het traditionele of het koloniale gewoonterecht mee bedoeld? In hoeverre assimileren de betrokken rechtsculturen op termijn de oorspronkelijk gedwongen overname van westers recht? In hoeverre is controleerbaar of een bepaalde aanspraak op gewoonterecht oprecht is, dan wel gemanipuleerd en een nieuwe vorm van *shopping* toelaat? We pretenderen niet op deze vragen een antwoord te kunnen formuleren, en opteren ervoor om louter rekening te houden met het hier en nu voor de betrokkene en de Belgische samenleving. Onvermijdelijk zullen we daarbij aan oordeelvorming doen. Onvermijdelijk spreken we vanuit een betrokkenheid, die versterkt wordt door enerzijds het feit dat de rechtssfeer waarbinnen we oordelen de eigen Belgische rechtsorde is – we oordelen met, vanuit en over ons eigen framework in de termen van CH. TAYLOR, *Sources of the self*, Cambridge, University Press, 1989 – en anderzijds het cultuurspecifieke karakter van ons studieobject, het gezinsconcept.

wordt omgegaan met polygamie. Mede om die reden leggen we ons in een vierde deel toe op het leerstuk van de polygamie, bij wijze van toepassingsgeval voor ons onderzoek.

We gaan evenwel voor alle behandelde huwelijksvormen en –beletselen, zij het wat minder uitgebreid dan in ons toepassingsgeval, na in hoeverre het wenselijk is om de omgang met buitenlands recht af te stemmen op de concrete situatie en doelstellingen van de partijen. Enerzijds wordt het nut van dergelijke differentiatie vandaag reeds erkend via de notie “verzachte werking van de B.I.P.O.O.-exceptie”, o.m. als slechts wordt gevorderd om bepaalde rechtsgevolgen van een betwiste rechtsfiguur, bv. polygamie, te erkennen. Anderzijds kan de differentiatie aanleiding geven tot uitspraken die moeilijk met elkaar te verenigen zijn, bv. een toelating tot het verblijf aan de tweede polygame echtgenote, terwijl haar huwelijk burgerrechtelijk nietig is.

### **HOOFDSTUK 3. DE GELIJKHEIDSTOETS EN HET EVOLUTIEVE KARAKTER VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL**

**80.** Doorheen het hele onderzoek zal de gelijkheidstoets, zoals gezegd, een steunpilaar vormen die de uitgebreide casuïstiek overstijgt. Als beginsel dat meerdere algemene rechtsbeginselen in zich verenigt, en zo een groot aantal rechtswaarden en –principes vertaalt die aan onze rechtsorde ten grondslag liggen, is het gelijkheidsbeginsel juridisch de laatste houvast in een samenleving die wordt gekenmerkt door een haast grenzenloze heterogeniteit.

**81.** Bij een toetsing van concrete bepalingen en toestanden aan het gelijkheidsbeginsel worden vaak evenwel ruime marges gehanteerd, bv. om verblijfspolitieke of economische redenen. Dit besef verplicht ons ertoe de vraag naar de autoriteit van de gelijkheidstoets voldoende kritisch te benaderen. Aan het resultaat van een concrete toepassing van het gelijkheidsbeginsel kan geen absolute geldingskracht worden verleend. Telkens opnieuw zullen nieuwe inzichten ons ertoe aanzetten om rechterlijke uitspraken alsook onze bevindingen te nuanceren. Het voorwerp van dit onderzoek heeft een evolutief karakter. De resultaten ervan vermoedelijk ook.

Deel 1. Algemene inleiding

Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek

Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

Deel 4. De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde, t.a.v. de partnerverhouding en de verhouding volwassenen – kinderen. Een illustratie a.h.v. het verbod op polygamie

Deel 5. Algemeen besluit

Bijlage

## **Deel 2**

# **Drie toegangspoorten tot het onderzoek**

Deel 2A. De evolutie van het gelijkheidsbeginsel in het Belgische interne recht, met bijzondere aandacht voor het familierecht

Deel 2B. Beschouwingen omtrent de rol van nationaliteit in het recht, met bijzondere aandacht voor het I.P.R., gevolgd door een voorstel van nieuwe aanknopingsregel voor wat betreft het ontstaan van gezinsleven

Deel 2C. Gezinshereniging naar nationaal en internationaal recht: enkele inleidende aandachtspunten in het licht van het gelijkheidsbeginsel

Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek

Deel 2A. De evolutie van het gelijkheidsbeginsel in het Belgische interne recht, met bijzondere aandacht voor het familierecht

Deel 2B. Beschouwingen omtrent de rol van nationaliteit in het recht, met bijzondere aandacht voor het I.P.R., gevolgd door een voorstel van nieuwe aanknopingsregel voor wat betreft het ontstaan van gezinsleven

Deel 2C. Gezinshereniging naar nationaal en internationaal recht: enkele inleidende aandachtspunten in het licht van het gelijkheidsbeginsel

# **Deel 2A**

## **De evolutie van het gelijkheidsbeginsel in het Belgische interne recht, met bijzondere aandacht voor het familierecht**

Inleiding

Hoofdstuk 1. De evolutie van het gelijkheidsbeginsel in de Belgische regelgeving

Hoofdstuk 2. Een overzicht van knelpunten in het Belgische gezinsconcept

Besluit

*"L'égalité est une idée-force de notre époque, et c'est peut-être pour continuer à être une idée-force qu'elle se dérobe à la nécessité d'être une idée claire"<sup>1</sup>*

## INLEIDING

1. De grondwettelijke beginselen van gelijkheid en non-discriminatie zijn sinds een aantal jaren wellicht de motor die de meest ingrijpende wijzigingen in centrale domeinen van het recht op gang hebben gebracht<sup>2</sup>. Die vaststelling geldt ook voor het domein van het personen- en familierecht<sup>3</sup> dat, niet in het minst als gevolg van de geleidelijke doorzetting van het gelijkheidsbeginsel als grondnorm, vandaag tot één van de meest dynamische rechtstakken kan worden gerekend. Het valt te verwachten dat deze dynamiek zich zal doorzetten zolang sociale en juridische familieverhoudingen rehtens niet met elkaar zijn gelijkgesteld.

2. In dit proefschrift willen wij, zoals gezegd, natrekken in welke mate de betrachting binnen het interne recht om een toenemend aantal modellen waarnaar mensen in onze samenleving hun gezinsleven organiseren juridisch gelijk te stellen, zich ook effectief doorzet met betrekking tot gezinsvormen die aan buitenlands recht worden ontleend. We gaan in deze eerste toegangspoort na of de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel sinds de jaren zestig in de strijd tegen ongelijke behandeling van alternatieve vormen van gezinsorganisatie, vandaag bepalend is of minstens zou kunnen zijn voor de wijze waarop en de mate waarin de wetgever en rechter vandaag in België en Europa in het algemeen, kunnen toelaten dat gezinsmodellen die hun oorsprong vinden in niet-westerse rechtsculturen, hier op voet van gelijkheid kunnen worden gehandhaafd.

<sup>1</sup> V. MATHIEU, *L'égalité juridique*, mededeling op het XVIIe internationaal colloquium voor politieke filosofie, Nice, 5-6 september 1975, 1.

<sup>2</sup> Hierover o.m. F. DELPEREE en A. RASSON-ROLAND, "La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en 1996", *Rev. b. dr. const.* 1997, 285-342; *Rev. b. dr. const.* 1994, 147-201; *Rev. b. dr. const.* 1995, 289-333 en *Rev. b. dr. const.* 1996, 357-412; A. MULDER en R. WINTER, "gelijkheid en gelijkheidsbeginsel", in X., *Liber amicorum Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen/Zwolle, Kluwer Rechtswetenschappen/Tjeenk Willink, 1982, 157-185; L. MULDER, "Over gelijkheid, onderscheid en discriminatie", *R en K* (Ndl.) 1985, 76-87; J. SAROT, P. VANDERNOOT, E. PEREMANS en B. PATY, *Dix ans de jurisprudence de la Cour d'arbitrage (5 avril 1985-31 août 1995)*, Brussel, Bruylant, 1995, 2 dln, 1352 p.; J. SCHOLSEM, "L'égalité devant la Cour d'arbitrage", in X., *Liber amicorum E. Krings*, 773-787; L. SUETENS, "De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht", *R.W.* 1993-94, 1313-1318; M. UYTENDAELE, "La Cour d'arbitrage depuis 1989: une Cour constitutionnelle à vocation limitée? Réflexions suggérées par l'arrêt n° 90/18 du 23 mai 1990", *J.T.* 1991, 265-268; P. VANDERNOOT, "Le principe d'égalité dans la jurisprudence la Cour d'arbitrage", *A.P.T.* 1997, 89-113; D. VAN HEUVEN, "Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1990-91, 585-596; L. VAN SCHOUBROECK, "Het gelijkheidsbeginsel. XXXVe rechtscongres van de Vlaamse Juristenvereniging te Leuven (K.U. Leuven), 9 mei 1992", *R.W.* 1992-93, 553-559.

<sup>3</sup> J. GERLO, "Het familierecht in het zicht van het jaar 2000", in X., *Liber amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, 119.



3. We overlopen hierna in vogelvlucht de geschiedenis van de doorwerking in het familierecht van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie. Het ligt niet in onze bedoeling om die geschiedenis te herschrijven, maar veeleer om er de belangrijkste momenten en referenties van in herinnering te brengen en daaruit de doorslaggevende argumentaties te selecteren die tot op vandaag blijven gelden als het erop aankomt om de vraag van de gelijkberechtiging van nieuw geïmmigreerde gezinsmodellen te beantwoorden.

4. Een van de lessen die uit de geschiedenis van de doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het Belgische internationaal privaatrecht alvast valt te trekken, is dat tradities en maatschappelijke vooringenomenheid ten aanzien van nieuwe gezinsvormen niet zelden een remmende werking uitoefenen op de vlotte doorwerking van het gelijkheidsbeginsel, in het bijzonder in delicate domeinen zoals de afstamming en het huwelijksrecht.

Met de bedoeling om na te gaan in hoeverre dergelijke vooringenomenheid vandaag nog speelt in het familierechtelijke internationaal privaatrecht, gaat onze aandacht in deze toegangspoort uit naar volgende vragen: waar heeft het gelijkheidsbeginsel ons tot nog toe geleid in het familierecht? Welke zijn de belangrijke overwegingscriteria? In hoeverre kunnen we uit een studie van het verleden van ons gezinsrecht gevolgtrekkingen maken voor de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de toekomst?

## **HOOFDSTUK 1. DE EVOLUTIE VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN DE BELGISCHE REGELGEVING**

### **A. DE EVOLUTIE VAN EEN FORMEEL NAAR EEN MATERIEEL GELIJKHEIDSBEGINSEL**

5. Het gelijkheidsbeginsel<sup>4</sup> waarborgt de gelijkheid van alle Belgen en werd in 1831 ingevoerd met het oog op de gelijke behandeling van Vlamingen en Walen<sup>5</sup>. Het non-discriminatiebeginsel<sup>6</sup> werd pas in 1970 – destijds als het art. 6bis G.W. - ingevoegd n.a.v. de toegenomen politieke aandacht voor filosofische en ideologische minderheden<sup>7</sup>. Beide beginselen vinden m.a.w. hun oorsprong in

---

<sup>4</sup> Art. 10 G.W. stelt: “Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld.”

<sup>5</sup> Over het oppervlakkige debat dat aan de aanname ervan voorafging: P. HUMBLET, “Positieve actie voor vrouwen. Het juridisch kader naar Belgisch recht”, in B. DE GRAEVE e.a., *Tegenspraak-cahier 8: positieve actie – discriminatie – voorrangsbepaling voor vrouwen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 43; K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *R.W.* 1992-93, 6; E. HUYTENS, *Discussions du congrès national de Belgique 1830-1831*, I, Brussel, Société typographique belge Adolphe Wahlen et Cie, 1844, 565.

<sup>6</sup> Art. 11 G.W. stelt: “Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend, moet zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden.”

<sup>7</sup> Het artikel vormde een tegemoetkoming aan de vrijzinnigen in Vlaanderen en de katholieken in

internrechtelijke situaties.

6. Vrij algemeen wordt aangenomen dat het discriminatieverbod de negatieve keerzijde is van het gelijkheidsbeginsel en een even algemene draagwijdte heeft<sup>8</sup>. Inhoudelijk bevat art. 10 G.W., in tegenstelling tot bv. art. 14 E.V.R.M. en art. 26 I.V.B.P.R., geen opsomming van de criteria die in principe ontoelaatbaar zijn om een ongelijke behandeling op te steunen<sup>9</sup>. Hierdoor hoeft het niet te verbazen dat de gelijkheidstoets in de loop der jaren is geëvolueerd. Zowel het *begrip* 'gelijkheid' als de *procedure* tot toetsing van een regel aan het gelijkheidsbeginsel waren aanvankelijk beperkter geformuleerd.

Oorspronkelijk vond slechts een objectiviteitstoetsing plaats, vergelijkbaar met de huidige legaliteitstoets<sup>10</sup>. Het ging er nog niet om dat elke burger gelijk behandeld zou worden. Er gold in zekere zin slechts een negatieve verplichting om gelijk te behandelen: bestond er een wet in een zekere aangelegenheid, dan diende die wet op eenieder gelijk te worden toegepast. De controle vond m.a.w. uitsluitend plaats op het niveau van de uitvoerende macht, van de *regulいたvoering*. Bovendien werd slechts formele gelijkheid, een gelijke toepassing van de wet, nagestreefd. Of deze toepassing tevens zou resulteren in materiële gelijkheid, werd buiten beschouwing gelaten<sup>11</sup>.

Vóór 1989 konden wetten bovendien niet door een andere macht dan de wetgevende worden getoetst aan de genoemde grondwettelijke beginselen<sup>12</sup>.

---

Wallonië die vreesden dat de instelling van de Gemeenschappen door de grondwetsherziening van 1970 een definitieve breuk van het ideologisch evenwicht in België met zich mee zou brengen. Zie A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Leuven, Acco, 1995, 674; J. DE GROOF, "De bescherming van de filosofische en ideologische strekkingen. Een inleiding", in A. ALEN en L.-P. SUETENS (ed.), *Zeven knelpunten na zeven jaar staats hervorming*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 239-256.

<sup>8</sup> Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989, *B.S.* 8 november 1989; Arbitragehof nr. 26/90, 14 juli 1990, *B.S.* 4 augustus 1990; R.v.St. nr.38.101, 13 november 1991, *Arr. R.v.St.* 1992; zie ook Explanatory Report bij het Twaalfde Protocol, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>, § 15; J. VELU, "La protection des droits fondamentaux de l'homme et des droits des minorités", in X., *La réforme de l'Etat 150 ans après l'indépendance nationale*, Brussel, Jeune Barreau, 1980, 69; A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Leuven, Acco, 1995, 519; J. THEUNIS (1997), 134; F. MEERSSCHAUT, "Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997", *T.P.R.* 1998, afl. 3, 900. Met J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 201, ontwaren we er bovendien een grondwettelijke grondslag in voor een objectieve rechtvaardiging van positieve discriminatie (zie ook Arbitragehof nr. 9/94, 27 januari 1994, noot B. RENAULD, *J.L.M.B.* 1994, 1385; Arbitragehof nr. 42/97, 14 juli 1997).

<sup>9</sup> R. v. St. nr. 35.969, 11 december 1990, *Arr. R.v.St.* 1990, *Rev. gén. dr.* 1991, 195, noot X. DELGRANGE.

<sup>10</sup> Cass. 30 oktober 1922, *Pas.* 1923, I, 34; Cass. 5 januari 1931, *Pas.* 1931, I, 26; Cass. 3 mei 1965, *Pas.* 1965, I, 925; R.v.St. nr. 606, 8 december 1950, *Arr. R.v.St.* 1950, 611; R.v.St. nr. 1.840, 26 september 1952, *Arr. R.v.St.* 1952, 968.

<sup>11</sup> J. THEUNIS (1997), 132-133.

<sup>12</sup> J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 26-30 en 75, zet uiteen hoe vóór 1980 volop discussie heerste in de rechtsleer over de vraag of de rechter de wet aan de grondwet kon toetsen. Uit de parlementaire voorbereiding van het (oude) art. 107ter

Enkel een gelijkheids- of non-discriminatiebeginsel, opgenomen in een verdragsbepaling met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde kon aan de basis liggen van een rechterlijke toetsing van wetten<sup>13</sup>. Het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel diende slechts tot toetsing van reglementen en besluiten. Bij vastgestelde discriminatie werd de rechtsregel hetzij vernietigd door de Raad van State wegens machtsoverschrijding<sup>14</sup>, hetzij buiten toepassing verklaard door de gewone rechter<sup>15</sup>.

7. In de loop van de twintigste eeuw is het inzicht gegroeid dat de corrigerende werking van het gelijkheidsbeginsel niet enkel bestaat in het toetsen van de formele gelijkheid, maar tevens inhoudt dat men nagaat of die formele gelijkheid correspondeert met een feitelijke, materiële gelijkheid. De waakzaamheid voor ongelijkheid *in* de wet, nl. ongelijkheid die door de wet zelf wordt ingevoerd, is mettertijd aangescherpt door een grotere aandacht voor de *feitelijke uitwerking* van het recht<sup>16</sup>. Directe én indirecte discriminatie worden bestreden<sup>17</sup>.

8. Zowel de interne als de internationale rechtspraak hanteren vandaag na enige terughoudendheid<sup>18</sup> dezelfde criteria om een bepaling te toetsen aan haar verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel<sup>19</sup>.

Sinds de jaren '70 zijn de Belgische rechtsprekende organen stapsgewijs

---

G.W. tengevolge waarvan in 1980 het Arbitragehof werd opgericht met toetsingsbevoegdheid inzake bevoegdheidsconflicten (*Parl. St. Senaat* 1981-82, nr. 246/1 en 2), blijkt dat ook volgens de wetgever deze bevoegdheid voorheen niet aan hoven en rechtbanken toekwam. Zie ook A. ALEN, "De raadsels van artikel 107 van de Belgische Grondwet", *R.W.* 1983-84, 1756.

<sup>13</sup> Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959. De directe werking van art. 14 E.V.R.M. werd pas in 1978 expliciet door het Hof van Cassatie erkend.

<sup>14</sup> Art. 14 gecoördineerde wetten op de Raad van State.

<sup>15</sup> Art. 159 G.W.

<sup>16</sup> A. ALEN, "Gelijkheid en non-discriminatie in het interne recht: synthese", in A. ALEN en P. LEMMENS, *Gelijkheid en non-discriminatie - égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 201; M. BOSSUYT, "Het gelijkheidsbeginsel in de internationale pacts inzake mensenrechten", in A. ALEN en P. LEMMENS, *Gelijkheid en non-discriminatie - égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 37; P. CALLENS, "Gelijkheid en utopie", *R.W.* 1992-93, 1281-1287; H. COUSY en M. STORME, "Recht en gelijkheid – een tot naschrift herwerkte inleiding", *R.W.* 1992-93, 2-3; M. DOLMAN, "De overtreffende trap van 'gelijkheid'", *Ars Aequi* (Ndl.) 1991, 897-907; L. INGBER, "Recht en gelijkheid", in L. INGBER, *Gelijkheid*, VI, Brussel, Bruylant, 1981, 15-20; L. MULDER, *Minderheden als nieuwe bevolkingsgroepen. De verwezenlijking van gelijkheid en verscheidenheid*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1993, 105; H.J. SIMON, "De verkeerde kant van het gelijkheidsbeginsel", *Sociaal recht* (Ndl.) 1994, afl. 2, 39; M. TRAEST, *De verhouding van de Europese Gemeenschap tot de Conferentie van Den Haag voor het Internationaal Privaatrecht. Een vergelijkende analyse van hun wederzijdse beïnvloeding, interferentie en hun bijdrager tot de integratie van het internationaal privaatrecht*, Gent, R.U. Gent, 2002, 436; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 171-172.

<sup>17</sup> Voor een definitie van het begrip 'indirecte discriminatie': o.m. H.v.J. 21 september 2000, C-124/99, *J.T.T.* 2001, 241.

<sup>18</sup> J.-M. PIRET, "Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Cassation", in A. ALEN en P. LEMMENS, *Gelijkheid en non-discriminatie - égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 119-133.

<sup>19</sup> K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992-1993, 6-7; J. DELVA, "Homohuwelijk en homo-ouderschap onder het kijkglas van de wetgever. Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel en aan het Kinderrechtenverdrag", *T.B.P.* 1998, 465.

aansluiting beginnen zoeken bij de viervoudige gelijkheidstoets die door het Hof voor de Mensenrechten wordt doorgevoerd<sup>20</sup>. Het Belgische Hof van Cassatie heeft zich in vergelijking met de andere hogere rechtsorganen, zowel in binnen<sup>21</sup>- als in buitenland<sup>22</sup>, het langst terughoudend opgesteld.

9. In alle geledingen van het recht evenals in het maatschappelijke denken kreeg het materiële gelijkheidsbeginsel steeds meer navolging. Illustraties hiervan zijn onder meer de invoering van het progressieve belastingsstelsel en de bescherming door dwingende rechtsregels van de zwakkere *contractspartij*, zoals de huurder en de werknemer.

## B. EXEMPLARISCHE SCHETS VAN DE HISTORISCHE EVOLUTIE

10. De maatschappelijke context, zowel naar plaats als naar tijd, determineert onvermijdelijk de invulling van de belangrijkste beginselen die een politieke en juridische ordening sturen, zo ook van het gelijkheidsbeginsel<sup>23</sup>. De evolutie die het gelijkheidsbeginsel in het familierecht doormaakt, moet worden geplaatst in de ruimere context van de onderscheiden evoluties binnen andere rechtstakken. Lopen die evoluties bij benadering gelijk, dan biedt de ene mogelijk een verklaring, soms zelfs een historische rechtvaardiging<sup>24</sup>, voor de andere. Blijken de onderscheiden evoluties zich evenwel door te zetten tegen een opvallend verschillend tempo, dan kan deze bevinding de vraag naar de rechtvaardiging

<sup>20</sup> Het criterium van de evenredige verhouding van doel en middelen werd voor het eerst gehanteerd in Hof Mensenrechten, arrest inzake de Belgische taalregeling, 23 juli 1968, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 6. Het werd overgenomen door R.v.St. nr. 2269, 13 maart 1953, *Arr. R.v.St.* 1953; R.v.St. nr. 10.675 (zaak Lemmens), 9 juni 1964, *Arr. R.v.St.* 1964, 571. Pas in Cass. 5 oktober 1990, *R.W.* 1990-91, concl. G. D'HOORE duikt het toetsingscriterium voor het eerst op. Het Arbitragehof heeft het criterium van meetaf aan overgenomen: Arbitragehof 13 juli 1989, nr. 21/89, *B.S.* 21 juli 1989. Het pertinentiecriterium figureerde voor het eerst in R.v.St. nr. 8180, 27 oktober 1960, *Arr. R.v.St.* 1960 (relevantie van het middel t.a.v. het nagestreefde doel), en is definitief doorgebroken in: R.v.St. nr. 10.675 (zaak Lemmens), 9 juni 1964, *Arr. R.v.St.* 1964, 571. Het Hof van Cassatie assimileerde het voor het eerst in 1990: Cass. 5 oktober 1990, *R.W.* 1990-91, concl. G. D'HOORE. Het Hof van Cassatie heeft bovendien gedurende lange tijd de weinig genuanceerde notie 'identieke situaties' gehanteerd i.p.v. het preciezer 'vergelijkbare of analoge situaties': Cass. 23 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1129; Cass. 9 juni 1976, *Arr. Cass.* 1976, 1130; Cass. 29 maart 1977, *Arr. Cass.* 1977, 824; Cass. 2 september 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 4; Cass. 22 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 120; Cass. 6 februari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 688; Cass. 5 februari 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 749; Cass. 6 februari 1987, *Pas.* 1987, I, 674; Cass. 30 juni 1988, *Pas.* 1988, I, 1336; Cass. 17 november 1988, *Pas.* 1989, I, 289.

<sup>21</sup> Zie voorgaande noot.

<sup>22</sup> I.t.t. bv. de Nederlandse Hoge Raad: P. SENAËVE, "Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten", in X., *De menselijke maat, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Dr. G.P. Hoefnagels*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 92.

<sup>23</sup> L. INGBER, "L'égalité en droit ou le droit à l'égalité", *J.T.* 1979, 318; L. INGBER, "Recht en gelijkheid", in L. INGBER, *Gelijkheid*, VI, Brussel, Bruylant, 1981, 34; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 181; J. THEUNIS (1997), 133.

<sup>24</sup> Cf. A. ALEN, noot onder R.v.St. nr. 16.313, 15 maart 1974, *R.W.* 1974-75, 357, die meent dat een waardeoordeel zich pas opdringt wanneer de wetgever is vastgeroest in maatschappelijk achterhaalde opvattingen.

van een aanhoudende ongelijke behandeling in de 'nahinkende' rechtstak des te scherper stellen. Hieronder trachten we de evolutie van het gelijkheidsbeginsel in het geheel van onze rechtsorde enigszins historisch te kaderen met een exemplarische schets van belangrijke wetswijzigingen doorheen de jaren binnen de kieswetgeving, het sociale-zekerheidsrecht, het huwelijksvermogensrecht, het erfrecht en het familierecht.

**11.** Ook doorheen ons eigenlijke onderzoek zal de gelijkheidsvraag meermaals op een gelijkaardige wijze worden gekaderd in de ruimere maatschappelijke omgang met het voorliggende onderzoeksobject, door de vergelijking te maken met de stand van zaken in andere rechtstakken. Maatschappelijke tradities en plaats- en tijdsgebonden vooroordelen maken het soms moeilijk om een feitelijke, ongerechtvaardigde ongelijkheid onder ogen te zien<sup>25</sup>. Blijkt evenwel dat dat inzicht in bepaalde rechtstakken reeds in sterkere mate is gegroeid dan in andere, dan kan de behoudsgezindheid van die laatste alvast aan een strengere rechtvaardigingstoets worden onderworpen.

**12.** Een treffende illustratie van de sterke mate waarin de definitie (en de werking) van het gelijkheidsbeginsel is verbonden met de tijdsgeest, biedt de geleidelijke democratisering van het kiesrecht. Het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel heeft er niet aan in de weg gestaan dat het kiesrecht pas een kleine eeuw na zijn consecratie werd omgevormd tot een algemeen enkelvoudig mannenstemrecht, om uiteindelijk in 1948 een grondwettelijk recht te worden voor elke Belg, ongeacht het geslacht. De grondwet hield als dusdanig zelf, gedurende decennia en met de expliciete rechtvaardiging van haar grootste commentatoren<sup>26</sup>, een bepaling in stand die vandaag als één van de grootst mogelijke inbreuken op het gelijkheidsbeginsel wordt beschouwd.

**13.** Sinds 1950 wordt een positieve verplichting tot gelijke behandeling van man en vrouw tijdens het huwelijk en na zijn ontbinding, evenals in relatie tot de kinderen uitdrukkelijk vooropgesteld door art. 5 van het zevende protocol bij het E.V.R.M.<sup>27</sup> Bepaalde takken van het Belgische socialezekerheidsrecht behandelen tot op vandaag evenwel man en vrouw verschillend. Het verschil in pensioenleeftijd bv., ingesteld in de jaren dertig, niet om principiële, maar om

<sup>25</sup> K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992-1993, 6.

<sup>26</sup> A. GIRON, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, III, Brussel, 1895-1896; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, III, Luik en Parijs, 1911, nrs. 48 e.v.; J.J. THONISSEN, *La constitution belge annotée*, Brussel, 1879, 3e uitgave. Zie ook de expliciete rechtvaardiging door Faider, voormalig procureur-generaal van het Hof van Cassatie, dat enkel een juist begrepen gelijkheid in rechte die het maatschappelijke onderscheid tussen mensen gedooft, de vrijheid dient en de welvaart verhoogt. "De ene, zeker reële gelijkheid is immers die van het graf": CH. FAIDER, "L'égalité devant la loi", *Pas.* 1871, VII-VIII en XVII.

<sup>27</sup> E.C.R.M., zaak-Klöpper t. Zwitserland van 18 januari 1996, *D&R* 84 B, 101; E.C.R.M., zaak Purtonen t. Finland van 9 december 1998, *D&R* 94 B, 93. Bij wet van 22 februari 2002 is in art. 10 G.W. ingeschreven dat "de gelijkheid van mannen en vrouwen is gewaarborgd". Zie ook art. 23 § 4 I.V.B.P.R., art. 17 § 4 Amerikaans Verdrag voor de mensenrechten en art. 16 Vrouwenverdrag. Het Franse Hof van Cassatie heeft op grond van de protocolbepaling reeds geweigerd om een verstoting te erkennen: Cass. fr. 11 maart 1997, D. 1997, 400, noot M.L. NIBOYET.

louter economische crisisredenen<sup>28</sup>, werd door de wet van 15 augustus 1990 op de flexibele pensioenleeftijd aan de kaak gesteld. Een interpretatieve wet van 19 juni 1996 kwam hier evenwel deels op terug<sup>29</sup>. Uiteindelijk is beslist om de werkelijke pensioenleeftijd voor mannen en vrouw gelijk te schakelen tegen het jaar 2009. De Europese richtlijn van 19 december 1978 die de lidstaten ertoe verplicht heeft om op een termijn van zes jaar alle discriminaties - behoudens enkele uitzonderingen - op grond van geslacht uit de socialezekerheidsbepalingen te weren<sup>30</sup>, heeft zijn einddoel bijna twintig jaar na datum nog niet bereikt. Dat geldt eveneens voor het erin opgenomen verbod om onrechtstreeks te discrimineren op grond van huwelijk of gezin. In meerdere sectoren van de sociale zekerheid worden partners in een buitenhuwelijkse tweerelatie nog steeds anders behandeld dan gehuwden<sup>31</sup>.

Andere regelingen hebben voornamelijk in de loop van de jaren tachtig belangrijke wijzigingen in het licht van het gelijkheidsbeginsel ondergaan, bv. door de begrippen 'gezinshoofd' en 'persoon ten laste' los te koppelen van de notie 'geslacht'<sup>32</sup>.

14. In het huwelijksvermogensrecht werd de echtgenote tot 1976 ongelijk behandeld<sup>33</sup>. Tot 1932 was ze volledig handelingsonbekwaam<sup>34</sup>. Van dan af verwierf ze het eigen beheer en genot van de opbrengsten van haar arbeid en kon ze haar uiterste wilsbeschikking doen zonder machtiging van haar echtgenoot.

Ook tijdens latere pogingen om de gelijke behandeling van de vrouw binnen het huwelijk te bevorderen, bleven vormen van ongelijke behandeling evenwel hun intrede doen in het huwelijksrecht. Zo bepaalde de Wet van 30 april 1958 over de burgerlijke gelijkheid van de vrouw, die de gezagsverhouding van de man over

<sup>28</sup> Door de maatregel konden oudere vrouwen uit de werkloosheidscijfers worden gelicht: J. VAN LANGENDONCK en J. PUT, *Handboek socialezekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 109.

<sup>29</sup> De Wet van 1990 heeft uiteindelijk slechts de toegang tot het vervroegd pensioen en het brugrustpensioen voor vrouwen hersteld, nadat het K.B. nr. 415 van 16 juli 1986 hen daarvan had uitgesloten: D. SIMOENS, "Pensioenen", in X., *Volmachten en sociale zekerheid 1986-87*, Reeks sociaal recht nr. 32, Antwerpen, Kluwer, 1987, 183.

<sup>30</sup> Richtl. 79/7/EEG betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *Pb. L.* 6 van 10 januari 1979, 24.

<sup>31</sup> O.m. in het arbeidsongevallenrecht, de beroepsziektenregeling en de pensioenregeling i.t.t. de bestaansminimumwet, de werkloosheidsregeling en de ziekte- en invaliditeitsverzekering, behalve wat betreft enkele kleine regelingen.

<sup>32</sup> In het pensioenstelsel bij Wet van 15 mei 1984 houdende maatregelen tot harmonisering in de pensioenregelingen; in de ziekteverzekering bij K.B. van 1979 (L. DECLERCQ, "De gelijke behandeling van echtgenoten als persoon ten laste in de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1981, 190-191) en bij K.B. van 17 juni 1982, *B.S.* 19 juni 1982 (notie 'gezinshoofd'); in de werkloosheidsverzekering bij K.B. van 1971 (H. PAS, "De vrouw als gezinshoofd in de werkloosheidsreglementering", *Oriënt.* 1974, 19-22).

<sup>33</sup> Gewijzigd bij wet van 14 juli 1976 inzake de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels.

<sup>34</sup> Wet van 20 juli 1932, *B.S.* 12 augustus 1932.

zijn echtgenote ophief, dat de echtelijke verblijfplaats bij gebreke van overeenstemming tussen de echtgenoten, door de man zou worden vastgesteld<sup>35</sup>.

Het heeft geduurd tot de wet van 14 juli 1976<sup>36</sup> om alle vormen van geïnstitutionaliseerde economische afhankelijkheid van de vrouw op te heffen en zo de gelijkberechtiging binnen het huwelijk juridisch tot realiteit te maken<sup>37</sup>. Bij dezelfde wet werd het genoemde vetorecht van de man overgedragen aan de vrederechter. Deze rechterlijke tussenkomst, die aan belang wint sinds 1932, tekent op een duidelijke manier de evolutie van de onderlinge juridische verhouding tussen de echtgenoten<sup>38</sup>. Daar waar de rechter de beslissingsmacht van de echtgenoot vervangt, kan van een meer objectieve regeling van geschillen worden gesproken. Deze vaststelling zal in het onderzoek een belangrijke rol vervullen in de behandeling van thema's die nauw aansluiten bij het beginsel van gelijke behandeling ongeacht het geslacht, bv. bij de bespreking van het polygame huwelijk en de verstoting. Een rechterlijke tussenkomst biedt mogelijk de waarborg dat alle partijen effectief bij de procedure of rechtshandeling worden betrokken. Vervolgens kan gemakkelijker nagegaan worden of ook inhoudelijk de rechten en belangen van alle partijen in overweging zijn genomen. Is dat het geval, dan kan de buitenlandse rechtsfiguur worden erkend. Een eenzijdige rechtshandeling zonder rechterlijke controle is minder transparant en zal met een grotere terughoudendheid worden benaderd.

**15.** Binnen het erfrecht stelde de commoriëntenregel tot in 1977 dat "indien zij die samen zijn omgekomen de leeftijd van vijftien jaar hadden bereikt, maar jonger dan zestig jaren waren, de man altijd vermoed wordt het langst te hebben geleefd, wanneer er gelijkheid van leeftijd is of wanneer er niet meer dan een jaar verschil bestaat"<sup>39</sup>.

**16.** Echtscheiding door onderlinge toestemming was tot 1969<sup>40</sup> slechts mogelijk in het geval een huwelijk minimum twee, maar niet langer dan twintig jaar had geduurd en de vrouw tussen 21 en 45 jaar en de man minstens 25 jaar oud was. De leeftijdsbegrenzing voor de vrouw was ingegeven door de bezorgdheid om haar te beschermen tegen 'verstoting' door haar echtgenoot vanaf gevorderde

<sup>35</sup> Art. 213 B.W., gewijzigd bij Wet van 30 april 1958, B.S. 10 mei 1958

<sup>36</sup> B.S. 18 september 1978.

<sup>37</sup> Meer hierover in M. GYSELS, J. VAN HOUTTE en M. VOGELS, *Discriminatie man-vrouw: man en vrouw op weg naar gelijkheid?*, Antwerpen, De Nederlandsche Boekhandel, 1984, 153 e.v.

<sup>38</sup> A. HEYVAERT, Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek, Gent, Mys en Breesch, 1995, 155.

<sup>39</sup> Oud art. 722 B.W., gewijzigd bij art. 2 Wet van 19 september 1977 houdende goedkeuring van de Benelux-overeenkomst inzake commoriëntes, en van de Bijlage, ondertekend te Brussel op 29 december 1972, B.S. 10 januari 1978. De regeling werd wel reeds, voorafgaand aan de wetswijziging, door rechtsleer en rechtspraak betwist en niet steeds meer toegepast. Zie o.m. M. COENE, "De commoriëntenleer, een voorbijgestreefde theorie", *T.P.R.* 1970, 239; A. LUCAS, "Une théorie moribonde: la théorie des comourants", *J.C.P.* 1977, 163-172.

<sup>40</sup> Wet van 20 november 1969, B.S. 17 december 1969, waarbij de voormalige artt. 275 tot 277 B.W. werden gewijzigd.

leeftijd<sup>41</sup>. De vrije keuze om zich te laten 'verstoten', genoot ze evenwel niet.

17. Tot de Wet van 28 oktober 1974 werden man en vrouw burgerrechtelijk en strafrechtelijk ongelijk behandeld bij overspel<sup>42</sup>. Voorheen kon een man echtscheiding vorderen op de enkele grond van overspel door zijn vrouw, terwijl een bedrogen echtgenote dit slechts kon in het geval dat de man zijn bijzit in de echtelijke woning gehouden had<sup>43</sup>. Ook strafrechtelijk was elk, ook eenmalig, overspel van de vrouw strafbaar op klacht van de man, terwijl zijn overspel slechts strafbaar was indien het regelmatige betrekkingen betrof die bovendien plaatsgevonden hadden in de gezinswoning zelf. Bovendien was de strafmaat verschillend. Waar de vrouw een boete of gevangenisstraf van drie maand tot twee jaar boven het hoofd hing, riskeerde de man 'slechts' één maand tot een jaar van zijn vrijheid of een boete<sup>44</sup>. De rechtsleer beschouwde deze regeling niet als discriminatoir en argumenteerde o.m. dat ze begrepen moest worden vanuit de vaderschapsregel: overspel van de vrouw bedreigde de wettige familie en was bijgevolg een sociaal delict<sup>45</sup>.

Dit voorbeeld illustreert hoe de kwalificatie van twee situaties als niet-vergelijkbaar een *in se* ongerechtvaardigde ongelijke behandeling lange tijd kan bestendigen. We komen later terug op deze achillespees van de gelijkheidstoets. Ook wijst het voorbeeld erop hoe een ongelijke behandeling of een ander centraal mankement in een bepaalde regeling (*in casu* een té beperkte mogelijkheid tot vaderschapsbetwisting) als rechtvaardiging kan worden aangehaald voor een ongelijke behandeling of een oordeel van niet-vergelijkbaarheid van situaties in een andere regeling (*in casu* de niet-vergelijkbaarheid van mannelijk en vrouwelijk overspel). De dieperliggende reden voor de discriminatie van de vrouw moest in werkelijkheid worden gezocht in de té beperkte mogelijkheid tot vaderschapsbetwisting, en niet in een zogenaamd sociaal groter gevaar van vrouwelijk overspel.

Ook deze bedenking dragen we mee voor ons verder onderzoek. Een precieze kwalificatie van situaties, van hun oorzaak en hun gevolg is een noodzakelijkheidsvoorwaarde om de gelijkheidstoets op gepaste wijze door te voeren.

Beide aangehaalde valstrikken zijn evenwel hardnekkig, omdat ze schuilgaan achter maatschappelijke opvattingen die vaak boven alle verdenking staan omwille van hun centrale positie in de bestaande politieke en juridische ordening<sup>46</sup>. Ze worden vaak slechts ontmaskerd op het ogenblik dat het

<sup>41</sup> A. KLUYSKENS, *Beginnelsen van burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, Antwerpen / Brussel / Gent / Leuven, Standaard Boekhandel, 1942, 419.

<sup>42</sup> Wet van 28 oktober 1974, B.S. 29 november 1974.

<sup>43</sup> Art. 229 vs. 330 B.W.

<sup>44</sup> Art. 387 vs. 389 Sw.

<sup>45</sup> A. KLUYSKENS, o.c., 323.

<sup>46</sup> Bij wijze van illustratie: Cass. 9 mei 1973, Arr. Cass. 1973, 854 en R.v.St. nr. 16.313, 15 maart 1974, R.W. 1974-75, 353, noot A. ALEN. Voor de eerste maal werd door de Raad van State, in



gelijkheidsbeginsel reeds in tegengestelde zin aan het evolueren is.

**18.** In een materie die maatschappelijk gevoelig is, bv. omwille van de belangrijke economische repercussies van een bepaalde keuze, ligt vaak een lange periode tussen de maatschappelijke signalen om een eind te stellen aan een ongelijke behandeling en een gepast antwoord op die signalen. Ook al brengt een kritische studie centrale aandachtspunten in kaart<sup>47</sup>, ook al worden op internationaalrechtelijk vlak stimuli geboden om er gevolg aan te geven, dan nog blijft de wetgever soms stilzitten<sup>48</sup>.

Zo ook is het het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw vergaan. In 1979 reeds gaf het V.N.-verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen<sup>49</sup> ondubbelzinnig aan dat de tijd rijp was voor een volledige doorbraak van het gelijkheidsbeginsel in de man-vrouwrelatie<sup>50</sup>. De Staten die het Verdrag ratificeerden, gingen het engagement aan om hun regelgeving in die zin aan te passen. Meer nog, ze werden daartoe gehouden door de rechtstreekse werking in de interne rechtsorde van de relevante bepalingen. Deze werking strekt zich uit tot eenieder die onder de jurisdictie valt van de nationale autoriteiten<sup>51</sup>.

De verdragsbepalingen van burgerlijk recht (art. 15 en 16) die een gelijke rechtsbekwaamheid instellen, evenals een gelijk recht op huwelijk en

---

tegenspraak met het Hof van Cassatie en de meerderheidsrechtspraak ter zake, besloten dat de ongelijke behandeling van man en vrouw in de werkloosheidsreglementering strijdig was met art. 10 en 11 G.W. (de toenmalige art. 6 en 6*bis*). ALEN wijst er in zijn noot op hoezeer de vroegere opvattingen van de wetgever over de verhouding man-vrouw in de geest van het Hof van Cassatie vastgeankerd bleven onder het mom van de 'objectieve economische realiteit', dit in tegenstelling tot de lagere sociale rechtspraak.

<sup>47</sup> Zie o.m. J. BROEKMAN, "De Man/Vrouw differentiatie, recht en cultuur, *R&R* (Ndl.) 1987, 103-115. H. WILLEKENS, Toepasselijkheid en toepassing van het beginsel van de gelijkheid van man en vrouw in het afstammingsrecht", in X., *Algemene beginselen*, 341-387; H. WILLEKENS, "Dwarsliggende beschouwingen over sociale en juridische egalisering en emancipatie van 'man' en 'vrouw'", *R&R* (Ndl.), 1987, 7-26.

<sup>48</sup> Recent werd erkend dat de overheid aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die voortvloeit uit het stilzitten van de wetgever na een eerste veroordeling, bv. voor de gerechtskosten van een nieuwe vordering voor het Arbitragehof: Y.H. LELEU, "L'Etat responsable pour inertie législative en matière de filiation?", (noot onder Arbitragehof nr. 138/2000 van 21 december 2000), *J.T.* 2001, 301. Rb. Brussel 5 juni 1985, *Pas.* 1985, III, 71, stelde nog dat de wettelijke opvolging van het arrest-Marckx geen overheidsaansprakelijkheid teweeg bracht omdat de schade niet voortvloeide uit een internationale rechtsregel met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, en tevens op grond van de immuniteit van de wet.

<sup>49</sup> Goedgekeurd bij Wet van 11 mei 1983, *B.S.* 5 november 1985.

<sup>50</sup> Opvallend is dat net de twee vormen van ongelijke behandeling die doorheen de tijd het zwaarst hebben doorgewogen, met name die van de echtgenote t.a.v. haar man en die van natuurlijke t.a.v. 'wettige' kinderen, in de oorspronkelijke ontwerpen van de Code Civil ontbraken: resp. eerste ontwerp van Cambacérès en decreet van 13 Brumaire j. II, art. 1 en 2. vs. o.m. art. 205, 213, 214, 215, 229, 230, 298, 1421, 1428 C.C. 1804 resp. art. 335, 340, 756-761, 908 C.C. 1804.

<sup>51</sup> S.W.E. RUTTEN, "Vrouwen en het internationaal privaatrecht", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD, *Het vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag...*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1994, 255-258.

partnerkeuze, gelijke rechten tijdens het huwelijk en bij ontbinding ervan, t.a.v. de kinderen, t.a.v. het bepalen van het aantal en de spreiding van de geboortes en inzake voogdij en adoptie, zijn voldoende nauwkeurig omschreven om directe werking te hebben<sup>52</sup>. Binnen het Belgische huwelijksrecht is de bestaande discriminatie evenwel gedurende tien jaar op meerdere terreinen blijven voortbestaan.

De huwbare leeftijd van de vrouw werd pas in 1990<sup>53</sup> teruggebracht van 15<sup>54</sup> tot 18 jaar, d.i. de leeftijd die voorheen reeds voor de man als huwbare leeftijd gold en vanaf dat ogenblik voor beiden overeenstemt met de leeftijd van meerderjarigheid. Tot in 1987 werd een vrouw wiens vorige huwelijk was ontbonden of vernietigd onderworpen aan het verbod om opnieuw te huwen binnen een termijn van 300 dagen<sup>55</sup>. De regeling was ingevoerd om kroostverwarring te voorkomen. Bepaalde auteurs stelden evenwel dat naast deze eerste doelstelling “ook motieven van moraal en fatsoen dit verbod rechtvaardigen”, ook als de afstamming van de kinderen reeds vaststond<sup>56</sup>.

De betwisting van het vaderschap was tot dezelfde wet bovendien voorbehouden aan de vermoedelijke vader, nl. de echtgenoot. Was die overleden binnen de toegelaten termijn van betwisting, dan kwam het betwistingsrecht toe aan alle wettige erfgenamen en erfgerechtigden ten algemenen titel, evenals aan hun schuldeisers. Onbekende schuldeisers konden dus wél doen wat de echtgenote en het kind ontzegd werd<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> M. COENE, “Een nieuwe UNO-conventie: het verdrag tot afschaffing van de discriminatie t.a.v. de vrouw”, *R.W.* 1979-80, 2741; R. HOLTMAAT, “De kracht van een verdrag. Mogelijkheden voor doorwerking van het VN-Vrouwenverdrag in het Nederlandse recht”, *N.J.B.* 1998, 654; S.W.E. RUTTEN, *I.c.*, 259 (de Staten hebben evenwel een ruime appreciatiemarge: S. RUTTEN, “Mensenrechten en het IPR: scheiden of trouwen?”, *NJCM-bulletin* 1998, 802) en C.J. FORDER, “In het gezinsleven: ‘different but equal’”, *id.*, 239-253; S. VAN WALSUM, “Implicaties van het VN-vrouwenverdrag voor het Nederlandse vreemdelingenrecht”, *Migrantenrecht* 1996, 131, leidt rechtstreekse werking af in samenlezing met andere Verdragen. De nadruk op het individuele klachtenrecht, ingesteld bij facultatief protocol van 10 oktober 1999, verraadt evenwel de huidige rechtsonzekerheid ter zake: o.m. S. BOUET-DEVRIERE, “La protection universelle des droits de la femme: vers une efficacité accrue du droit positif international?”, *R.T.D.H.* 2000, 453-477.

<sup>53</sup> Wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot achttien jaar.

<sup>54</sup> Door A. KLUYSKENS, o.c., 205 als “door de wet geregementeerde natuurlijke voorwaarde tot huwen” bestempeld.

<sup>55</sup> Oud art. 228 B.W., opgeheven bij art. 35 Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987. Deze wachttijd kon evenwel worden ingekort indien de vrouw het bewijs leverde van morele of natuurlijke onmogelijkheid van gemeenschap met haar vorige echtgenoot gedurende de 300 dagen die aan de ontbinding of vernietiging van het huwelijk voorafgingen (bv. *Rb. Hoei* 30 september 1981, *J.T.* 1982, 364, waarbij door het overspelig concubinaat van de vrouw tot deze onmogelijkheid werd besloten). De wachttijd nam tevens een einde na bevalling. Deze afwijkingen van de regel volgen uit de *ratio legis* ervan, die erin bestond kroostverwarring te voorkomen.

<sup>56</sup> W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, Story-Scientia, 1978, 59.

<sup>57</sup> Oud art. 312 B.W., gewijzigd bij art. 38 Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987. De echtgenote kon niet eens een vaderschapsbetwisting instellen als voogd van haar echtgenoot, wanneer die onbekwaam was verklaard.

**19.** In gelijkaardige zin kunnen we verwijzen naar de stapsgewijze uitholling van de vaderlijke machtsuitoefening. De vaderlijke macht heeft via de ontvoogding van de vrouw en van het minder- en meerderjarige kind plaats moeten ruimen voor het huidige ouderlijke gezag. Ook na de inwerkingtreding in 1965 van de wet op de jeugdbescherming<sup>58</sup> kon een moeder hoogstens trachten een vaderlijke beslissing inzake de opvoeding te laten herzien door de jeugdrechter. In een eerste stap werd de vaderlijke macht bij wet van 1 juli 1974 herleidt tot een ouderlijke macht die beide wettige ouders een gelijke bevoegdheid gaf ten aanzien van het kind. Deze gelijke bevoegdheid bleef evenwel slechts bestaan zolang het huwelijk voortduurde. Tot de Wet van 10 maart 1975 kon de hertrouwde moeder die geen voogd meer was over de kinderen uit haar eerste huwelijk krachtens het oude art. 399 B.W. zelf ook geen voogd voor die kinderen kiezen. De vrouw was slechts 'gerechtigd' om afstand te doen van haar voogdij over de kinderen, een mogelijkheid die de vader niet werd geboden.

De terminologische aanpassing van 'macht' in 'gezag', ter beklemtoning van de centrale rol van het belang van het kind, gebeurde bij wet van 31 maart 1987. Bij dezelfde wet werd de gelijke behandeling van wettige (gehuwde) en natuurlijke (ongehuwde of overspelige) ouders en kinderen veralgemeend, als een laattijdig antwoord op het arrest-Marckx<sup>59</sup>.

Een expliciete beklemtoning van de gezamenlijke opvoedkundige verantwoordelijkheid van beide ouders na echtscheiding dateert van de wet van 13 april 1995 die met de invoering van het begrip 'co-ouderschap' het belang van het kind als toetssteen vooropstelt<sup>60</sup>.

**20.** Nog steeds echter laten bepaalde rechtsregels een ongelijke behandeling van man en vrouw toe. Art. 206, 1° B.W. vermeldt als grond tot beëindiging van de onderhoudsplicht van schoonkinderen jegens de schoonouders enkel een tweede huwelijk aangegaan door de schoonmoeder. De schoonvader daarentegen blijft ongeacht de omstandigheden gerechtigd op onderhoud. De ongelijke behandeling steunt ongetwijfeld op de veronderstelling dat de nieuwe – vrouwelijke – partner van de betrokken schoonvader slechts een beperkte economische draagkracht kan verzekeren. Het is ten eerste de vraag of

<sup>58</sup> Wet van 8 april 1965 op de jeugdbescherming, B.S. 15 april 1965.

<sup>59</sup> Dit heeft niet kunnen beletten dat in bepaalde K.B.'s de notie 'onecht kind' gehanteerd bleef tot in het jaar 2000: zie K.B. van 24 mei 2000 tot wijziging van het koninklijk besluit van 15 juli 1931 tot regeling van het ontvangen der akten van de burgerlijke stand en der akten van nationaliteitsverklaring door de diplomatieke ambtenaren en de consuls en van het koninklijk besluit van 5 januari 1864 tot regeling van de wijze van afgifte van de ontheffingen inzake huwelijk, B.S. 13 juli 2000.

<sup>60</sup> B.S. 24 mei 1995; G. BAETEMAN en C. BAMPS, De nieuwe wet betreffende het co-ouderschap. Parlementaire voorbereiding van de wet van 13 april 1995 met een inleidende commentaar, Antwerpen, Kluwer, 1995, 88; P. SENAËVE (ed.), Co-ouderschap en omgangsrecht: commentaar op de wet van 13 april 1995, Antwerpen, Maklu, 1995, 285 p. Het I.V.R.K. heeft ongetwijfeld de grote doorbraak betekend van de erkenning van het kind als rechtssubject. Zie ook pleidooien voor een nog ruimere uitbouw van de rechten van het kind: o.m. E. VERHELLEN, "The Convention on the Rights of the Child", in E. VERHELLEN (ed.), Understanding children's rights, Gent, Centrum voor de Rechten van het Kind, 1997, 27-44.

dergelijke veronderstelling vandaag nog overtuigingskracht heeft<sup>61</sup>. Ook het naamrecht blijft geregeld vanuit een man-perspectief<sup>62</sup>.

**21.** Het voorgaande overzicht geeft aan dat het gelijkheidsbeginsel zich op een onsystematische wijze doorzet, zowel over de rechtstakken heen, als binnen éénzelfde rechtstak<sup>63</sup>. Zolang de wetgever zelf de rechtstakken niet op een systematische wijze evalueert in het licht van het gelijkheidsbeginsel, komt het aan de rechter toe om geval per geval gemotiveerd te oordelen of een ongelijke behandeling al dan niet moet worden voorgelegd aan het Arbitragehof. Zijn oordeel zal - evenals de uiteindelijke gelijkheidstoets - onvermijdelijk worden gesteund op de maatschappelijke opvattingen die op het betreffende ogenblik heersen in de materie.

**22.** Meerdere factoren beïnvloeden de wijze waarop maatschappelijke opvattingen evolueren. Het gelijkheidsdenken zelf is één van die factoren. Aandacht voor de eigenheid van situaties, voor de vergelijkbaarheid of de onvergelijkbaarheid ervan, opent de ogen voor kleine nuances die voorheen onopgemerkt bleven. Er treedt rechtsverfijning op. Teveel rechtsverfijning kan evenwel op termijn *contraproductief* zijn.

## **C. HET EFFECT VAN RECHTSVERFIJNING OP DE TOEPASSING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL EN DE INVLOED VAN HET HOF VOOR DE MENSENRECHTEN**

### **C.1. RECHTSVERFIJNING ALS BRON VOOR ONGELIJKHEID IN HET RECHT**

**23.** Naast maatschappelijke vooringenomenheid is ook de toenemende rechtsverfijning een belangrijke bron voor meer ongelijkheid in de regel en in de toepassing van het recht<sup>64</sup>. Hoe genuanceerder en particulierder het recht wordt, hoe groter het risico dat categorieën die weliswaar niet identiek zijn, aangezien ze een distincte regeling genieten, maar in het licht van de concreet voorliggende

<sup>61</sup> Zie ook J. GERLO, "Het familierecht in het zicht van het jaar 2000", in: X., *Liber amicorum Prof. Dr. G. Baeteman*, Deurne, Kluwer, 1997, 128.

<sup>62</sup> J. GERLO, *l.c.*, 128-131.

<sup>63</sup> H. WILLEKENS, *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Een theoretische verkenning*, 27-32, haalt de vergelijking tussen de gelijkwaardigheid van man en vrouw in het kiesstelsel (de staathuishouding) en het ontbreken ervan tussen 1948 en 1976 in het huwelijksvermogensrecht (de private huishouding) aan om de inconsistentie in de teleologie van het rechtssysteem te illustreren als één van de vier *contradicties* binnen ons recht, naast *contradicties* op het niveau van het systeem als geheel, bv. strijdigheid met de openbare orde van overspelige samenwoning tot 1978, terwijl uit de situatie inmiddels wél socialezekerheidsrechten ontstonden, tegenspraak van de vroegere of algemene wet door de latere resp. bijzondere wet en de toepassing van lagere normen in strijd met hogere normen en onverzoenbare norminterpretaties die naast elkaar kunnen functioneren wegens de poly-interpretabiliteit van normen.

<sup>64</sup> K. RIMANQUE, "Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?", in M.-Cl. FOLETS en B. HUBEAU, *Migratie- en migrantenrecht* deel 1, Brugge, Die Keure, 1996, 268-269.

vraag mogelijk wél voldoende vergelijkbaar zijn, ten onrechte ongelijk behandeld worden. De stijgende differentiatie door EU-recht, de Schengenakkoorden en bilaterale verdragen tussen vreemdelingen onderling illustreert dit op meerdere domeinen. In de tweede en derde toegangspoort gaan we nader in op deze vaststelling.

## C.2. RECHTSVERFIJNING ALS BRON VOOR GELIJKHEID IN HET RECHT

24. Rechtsverfijning kan echter evengoed het gelijkheidsbeginsel ten goede komen. De techniek kan resulteren in de wegwerking van een feitelijke ongelijkheid die voorheen verscholen zat in een strikte toepassing van het formele gelijkheidsbeginsel<sup>65</sup>. Naast het streven naar een gelijke behandeling van gelijken houdt het gelijkheidsbeginsel immers in dat feitelijk ongelijke partijen ongelijk behandeld moeten worden. Ongelijke behandeling kan bijgevolg niet steeds worden gelijkgesteld met discriminatie. Meer nog, het compenseert in bepaalde gevallen maatschappelijke ongelijkheid<sup>66</sup>. Zo zijn het arbeidsrecht en het huurrecht geconcipieerd vanuit de vaststelling dat absolute *contractsvrijheid* het recht van de sterkste laat prevaleren en daarom met het oog op feitelijke gelijkheid gecorrigeerd dient te worden ter bescherming van de zwakkere partij.

Ook binnen het personen- en familierecht vond in de loop der jaren steeds meer rechtsverfijning plaats. Zo verfijnde het begrip ‘onderscheidingsvermogen’ de enkele categorie van de ‘minderjarigen’ tot een aaneenschakeling van leeftijdsgroepen waarin de handelingsonbekwaamheid stelselmatig afneemt<sup>67</sup>. In andere domeinen van het familierecht vinden bepaalde vormen van ongelijke behandeling echter tot op vandaag doorgang doordat strikt wordt vasthouden aan formele gelijkheid en er weinig openheid is voor meer rechtsverfijning<sup>68</sup>. Deze vaststelling geldt bv. voor de wijze waarop vele rechters vandaag de vraag naar een mogelijk ongelijke behandeling van gehuwden en ongehuwden voorleggen aan het Arbitragehof. Reeds herhaaldelijk werd de kans gemist om de ongelijke behandeling van wettelijk samenwonenden als discriminatoir te kwalificeren, omdat deze categorie van personen niet expliciet werd opgenomen in de *saisine* van het Hof<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> H.J. SIMON, “De verkeerde kant van het gelijkheidsbeginsel”, *Sociaal recht* (Ndl.) 1994, afl. 2, 40; A. MAST, “Het gelijkheidsbeginsel”, *T.B.P.* 1962, 132-133; K. RIMANQUE, “De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel”, *R.W.* 1992-1993, 6-7.

<sup>66</sup> Hof Mensenrechten, arrest inzake de Belgische taalregeling, 23 juli 1968, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 6, § 7; Arbitragehof nr. 43/93, 10 juni 1993 (prej. vr.), *B.S.* 3 juli 1993.

<sup>67</sup> O.m. P. SENAEEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2003, nrs. 1426 e.v.

<sup>68</sup> Zie bv. het adoptierecht en de corrigerende rechtspraak van het Arbitragehof opdat bij stiefouderadoptie de afstammingsband tussen het kind en de oorspronkelijke ouder-partner van de adoptant zou worden behouden: Arbitragehof nr. 53/2000 van 3 mei 2000, *B.S.* 8 juli 2000.

<sup>69</sup> Arbitragehof nr. 137/2000 van 21 december 2000, *B.S.* 9 maart 2001. We vermelden evenwel volledigheidshalve dat het Hof in hetzelfde arrest kenbaar heeft gemaakt dat het ook bij opname in de *saisine* “niet in de plaats van de wetgever (kan) oordelen in een aangelegenheid die dergelijke evolutie doormaakt”.

### C.3. RECHTSVERFIJNING BIJ DE INVULLING VAN HET GEZINSCONCEPT

**25.** De nood aan voldoende rechtsverfijning, ook binnen de rechtspraak, doet de vraag rijzen naar de mate waarin een universeel begrip als het gelijkheidsbeginsel een contextgebonden invulling kan krijgen. De rol van de hoogste federale en internationale rechtscolleges bij de interpretatie van het gelijkheidsbeginsel kan nauwelijks worden overschat. De Raad van State en het Arbitragehof doen in hun rechtspraak m.b.t. het gelijkheidsbeginsel uitspraak *erga omnes*.

Het Hof voor de Mensenrechten oefent een nog dwingendere druk uit op de lidstaten om hun interne regelgeving aan te passen, ook al heeft zijn rechtspraak slechts een beperkte *inter partes*-werking<sup>70</sup> en is de veroordeelde Verdragsstaat slechts gebonden door een resultaatsverbintenis met een volledig vrije keuze van de middelen om tot gelijke behandeling te komen. Gezien de voorrang van supranationaal recht op het nationale recht, binden de bepalingen van het E.V.R.M. de Verdragsstaten. De interpretatie die het Hof verleent aan de verdragsbegrippen, gaat steeds uit van een autonoom begrip dat *in se*<sup>71</sup> losstaat van het nationale recht van de Verdragsstaten. Nu sinds 1986 algemeen wordt aangenomen dat ook de *interpretaties* van het Hof rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde<sup>72</sup>, kan het Hof door haar rechtspraak in het licht van art. 8 en 12 E.V.R.M. intern-familierechtelijke begripsinhouden heroriënteren<sup>73</sup>.

**26.** De interpretatieve invulling van de verdragsbepalingen neemt steeds ruimere vormen aan o.i.v. de sterke mate van verzelfstandiging (relatieve autonomie) die wordt toegekend aan het gelijkheidsbeginsel van art. 14 E.V.R.M. De gelijkheidstoets kan worden doorgevoerd zodra de vordering 'enige' *samenhang* vertoont met een in het verdrag opgenomen recht of vrijheid<sup>74</sup>. Een daadwerkelijke *schending* van het betreffende recht zelf is bovendien geen noodzakelijke voorwaarde om tot discriminatie te kunnen besluiten<sup>75</sup>. Ook

<sup>70</sup> Het Hof kan geen (grond)wetgevende of uitvoerende normen, noch rechterlijke uitspraken vernietigen, wijzigen of hervormen, maar enkel wettelijke normen met de verdragsbepalingen strijdig verklaren.

<sup>71</sup> Ook al laat het Hof zich vaak mede leiden door de vraag of de Verdragsstaten een gemeenschappelijke opvatting hanteren.

<sup>72</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 112; bevestigd in Hof Mensenrechten, arrest-Inze van 28 oktober 1987, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 126.

<sup>73</sup> Een mooie illustratie hiervan vormt de invloed van het Marckxarrest, *cf. infra*.

<sup>74</sup> O.m. E.C.R.M. nr. 6573/74, X. t./ Nederland, *D&R* 1 (1975), 87; E.C.R.M. nr. 8493/79, De Meester t./ België, *D&R* 25 (1982), 210.

<sup>75</sup> Hof Mensenrechten, arrest inzake de Belgische taalregeling, 23 juli 1968, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 6, § 9; Hof Mensenrechten, arrest-Nationaal syndicaat van de Belgische politie, 27 oktober 1975, Serie A, nr. 19, § 29 en 44; Hof Mensenrechten, arrest-Marckx van 13 juni 1979, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 31, § 32; Hof Mensenrechten, arrest-Rasmussen van 28 november 1984, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 87, § 29; Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, Cabales en Balkandali van 28 mei 1985, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 94 § 69, 71

situaties die nog niet expliciet bij het begrip 'familieleven' kunnen worden ondergebracht, kunnen bijgevolg toch nog als voldoende samenhangend worden beschouwd om aan de gelijkheidstoets te worden onderworpen.

Het Marckx-arrest<sup>76</sup> heeft deze ruime werkingssfeer van het E.V.R.M. treffend geïllustreerd. Nooit eerder werd in de Europese rechtsleer ook maar gesuggereerd dat de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. betrekking zouden hebben op het burgerrechtelijke statuut van de persoon<sup>77</sup>. De verwoording in een afzonderlijk artikel 12 E.V.R.M. van veel centralere gegevens binnen het familierecht, nl. het recht om te huwen en om een gezin te stichten, wijst volgens bepaalde auteurs<sup>78</sup> uit dat het bij de opstelling van het Verdrag ook helemaal niet in de bedoeling lag om de afstamming en het erfrecht onder het toepassingsgebied van art. 8 en 14 E.V.R.M. te doen vallen. Hoe het ook zij, art. 14 E.V.R.M. kan voortaan worden aangewend in elk geschil dat betrekking heeft op privé- of gezinsleven.

Het twaalfde Protocol heeft deze interpretatie bekrachtigd door wettelijke neerslag te geven aan de genoemde autonomie van het discriminatieverbod<sup>79</sup>.

**27.** Met de bedoeling de verschuivingen in de interpretatie en de draagwijdte van het gelijkheidsbeginsel aan te geven, lichten we vervolgens de ontstaansgeschiedenis en ontwikkeling van de gelijkheidstoets toe.

---

en 83; E.C.R.M. nr. 6573/74, X. t. Nederland, *D&R* 1975, 89; zie ook: P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF (1998), 713-714; P. SENAËVE, "Van Marckx tot Vermeire: 12½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof", *F.J.R.* (Ndl.) 1991, 244; K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992-93, 13; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2001, 339.

<sup>76</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Marckx van 13 juni 1979, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 31.

<sup>77</sup> K. RIMANQUE, "Het recht op eerbieding van het gezinsleven – een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.* 1981-82, 2207, spreekt van een eensklapse evolutie van loutere bescherming van de feitelijke samenhang tegen ongerechtvaardigde inmenging naar een positieve verplichting van de verdragsstaten tot juridische erkenning van dit relatiepatroon.

<sup>78</sup> P. SENAËVE, "Van Marckx tot Vermeire: 12½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof", *F.J.R.* (Ndl.) 1991, 195; zie ook: Hof Mensenrechten, arrest-Marckx van 13 juni 1979, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 31, Dissenting opinion rechter Sir Gerald Fitzmaurice m.b.t. de nrs. 14-15 van de uitspraak, waarbij hij het Hof verweet een heel wetboek van familierecht ondoordacht in art. 8 E.V.R.M. binnen te brengen en aldus het begrip 'familie' met 'familieleven' te verwarren.

<sup>79</sup> Protocol nr. 12 van 4 november 2000, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm>; voorheen reeds bepleit door o.m.: P. LAMBERT, "Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. Trim. D.H.* 1998, 505. Art. 14 E.V.R.M. is daarentegen een niet-autonoom gelijkheidsbeginsel: het moet ingeroepen worden in samenhang met één van de bepalingen van het E.V.R.M. of van de aanvullende protocollen: Hof Mensenrechten, arrest inzake de Belgische taalregeling, *aangeh.*, § 7; E.C.R.M., nr. 4045/69, X vs. B.R.D., *jaarboek XIII* (1970), 704-706; E.C.R.M. 3 maart 1982, Van der Mussele, B.55 (1987), 37; E.C.R.M. nr. 8410/78, X vs. B.R.D., *D&R* 18 (1980), 220; zie ook: P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF (1998), 711; M. BOSSUYT, "Het discriminatieverbod en positieve actie", *R.W.* 1998, 241; P. LAMBERT, *l.c.*, 499-500.

## D. DE LANGZAME IMPLEMENTATIE VAN DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VOOR DE MENSENRECHTEN EN HET BELANG VAN WETGEVEND INGRIJPEN

### D.1. EEN TRAGE IMPLEMENTATIE VAN DE EUROPESE RECHTSPRAAK

28. De lange nasleep in het Belgische recht van het principiësarrest-Marckx lijkt model te staan voor de wijze waarop tot op vandaag de gelijkheidstoets vruchten afwerpt op internrechtelijk wetgevend niveau. De herziening van het over de hele lijn discriminatoir bevonden Belgische afstammingsrecht heeft acht jaar op zich laten wachten<sup>80</sup>. Ook de hogere rechtspraak stelde zich tot de Afstammingswet van 1987 terughoudend op en weigerde aan te nemen dat de betrokken bepalingen van het E.V.R.M. in hun interpretatie door het Hof voor de Mensenrechten rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde<sup>81</sup>. Slechts sporadische lagere rechtspraak gaf van meetaf aan blijk van de bereidheid om de uitspraak van het Hof voor de Mensenrechten te implementeren<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> De internationaalrechtelijke impulsen daartoe dateerden nochtans reeds van vóór het arrest-Marckx. Op het vlak van de burgerlijke rechten hechtten de lidstaten van de Raad van Europa reeds geruime tijd een grote betekenis aan het beginsel van de gelijkheid tussen binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen (zie bv. art. 9 European Convention on the Legal Status of Children born out of Wedlock van 15 oktober 1975, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm>). Meerdere auteurs drongen sinds het begin van de jaren 1970 aan op een wetswijziging (J. GERLO, "Hiërarchie der afstammingen of gelijkheid van statuten", *R.W.* 1972-73, 1889-1911; M. VAN LOOK, "Afstammingsrecht: zijn alle kinderen gelijk voor de wet?", in M. COENE (ed.), *Statuut van het kind*, Brussel, Ced.Samsom, 1980, 113). Ook rechtspraak begon soepelere maatstaven te hanteren (Zie A. KLUYSKENS, *De erfenissen*, Antwerpen, Standaard, 1942, 70; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, tome II, les personnes*, IX, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 226). De initiatieven, zowel van ons omringende landen, als op internationaalrechtelijk vlak, met o.m. het U.V.R.M., de verklaring van de Rechten van het Kind van 20 november 1959, de Ecosoc-resoluties 1514 en 1679 van 28 mei 1970 en 2 juni 1972, het Europees Verdrag van 1 oktober 1975 over het juridisch statuut van kinderen buiten het huwelijk geboren en de aanneming door Ecosoc op 13 mei 1977 van de in 1974 door de VN-commissie van de rechten van de mens uitgewerkte 'principes généraux concernant l'égalité des personnes nées hors mariage et la non-discrimination à l'égard de ces personnes', lieten de wetgever evenwel, ondanks tevens 5 wetsvoorstellen en één wetsontwerp van 1979, zo goed als onbewogen tot de Belgische Staat werd veroordeeld in de zaak-Marckx. Enkel een rapport van de Staatscommissie voor de Ethische problemen van 11 oktober 1976 drong voorheen reeds aan op "een zo volledig mogelijke gelijkschakeling van het statuut van het buitenechtelijk kind met dit van wettig kind" (*Parl. St. Senaat* 1976-77, 954, 57). Vóór 1987 werden slechts enkele kleine discriminatoire bepalingen effectief gewijzigd, zoals het oude art. 773 B.W. Bij wet van 14 mei 1981 werd de mate waarin de erfaanspraak van de langstlevende echtgenoot wordt herleid tot een erfaanspraak in vruchtgebruik aangepast in het voordeel van de 'natuurlijke' kinderen.

<sup>81</sup> O.m. Cass. 3 oktober 1983, *R.W.* 1983-84, 1972, ingaand tegen Rb. Turnhout 14 oktober 1982, *R.W.* 1982-83, 2771; Brussel 29 april 1982, *R.W.* 1982-83, 1856; Brussel 31 januari 1983, *R.W.* 1982-83, 2681, nagevolgd door Cass. 10 mei 1985, *R.W.* 1985-86, 1848; Gent 20 mei 1983, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 201; Antwerpen 23 april 1985, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 197; Gent 29 juli 1985, *J.T.* 1986, 78; Gent 26 juni 1980, *R.W.* 1980-81, 1846.

<sup>82</sup> Rb. Turnhout 29 april 1982, *R.W.* 1982-83, 1590; Rb. Leuven 26 december 1983, *R.W.* 1984-85, 362; Rb. Hasselt 10 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 2573 en Rb. Gent 14 mei 1984, *R.W.* 1984-85, 1504; Jeugdrrb. Brussel 27 november 1981, *R.W.* 1982-83, 1861, hervormd door: Brussel 29



29. Daarnaast hebben uitspraken in aanverwante materies geïllustreerd dat gevolgtrekkingen zich vaak beperken tot situaties die een sterke analogie vertonen met het beoordeelde geval<sup>83</sup>. In het licht van de beleidsvrijheid die het E.V.R.M. de Verdragsstaten indirect verleent<sup>84</sup>, bepalen de Staten bovendien zelf op welke wijze ze een eind stellen aan de discriminatie. Inmengingen in het recht op bescherming van het familieleven zijn daarbij toegelaten, mits ze het recht niet van zijn substantie beroven<sup>85</sup>.

30. Een ruime handelingsmarge rechtvaardigt evenwel niet dat de wetgever systematisch blijft stilzitten<sup>86</sup>. Ook vandaag nog blijven veroordelingen door het Hof voor de Mensenrechten of door het Arbitragehof over het algemeen zonder wetgevend gevolg<sup>87</sup>. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. Beslist men al

---

april 1982, *R.W.* 1982-83, 1856.

<sup>83</sup> K. RIMANQUE, "Het recht op eerbiediging van het gezinsleven – een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.* 1981-82, 2197-2198. Zie de voorgeschiedenis van het arrest-Vermeire. De rechtspraak na het arrest-Marckx beperkte zich tot een bevestiging van de toelaatbaarheid voor de verwekker om een in overspel verwekt kind nog tijdens het huwelijk van zijn overspelige partner te erkennen (Rb. Leuven 5 januari 1981, *R.W.* 1981-82, 2697, noot P. SENAEVE; Rb. Antwerpen 22 september 1982, *R.W.* 1982-83, 1319, noot J. PAUWELS.). De vraag of drie bepalingen uit de adoptiereglementering discriminatoir waren, werd evenwel negatief beantwoord (Gent 26 juni 1980, *R.W.* 1980-81, 18; Jeugdrb. Brussel 27 november 1981, *R.W.* 1982-83, 1861, hervormd door: Brussel 29 april 1982, *R.W.* 1982-83). Zie ook: het art. 331 B.W. dat een gerechtelijke machtiging vooropstelt voor de erkenning van in overspel verwekte kinderen. Het Hof oordeelde dat deze vereiste geen discriminatie vormt ten aanzien van niet in overspel verwekte buitenhuwelijkse kinderen, noch een inbreuk op art. 8 E.V.R.M.: Cass. 3 oktober 1983, *R.W.* 1983-84, 1972; J. PAUWELS, *R.W.* 1983-84, 2795-2806; F. RIGAUX, *R.C.J.B.* 1984, 616-635; situaties vergelijkbaar met die van het arrest-Marckx: Cass. 10 mei 1985, *R.W.* 1985-86, 1848; Cass. 6 maart 1986, *R.W.* 1986-87, 236, noot P. SENAEVE. Een veralgemeende plicht tot gelijke behandeling van huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen was nog veraf.

<sup>84</sup> Het E.V.R.M. stelt de *vrijheid* van gezinsleven voorop, daar waar art. 10 ECOSOC-verdrag en art. 23 en 24 I.V.B.P.R. de Staten verplichten een *bepaald* gezinstype te ontwerpen en te beschermen.

<sup>85</sup> K. RIMANQUE, "Het recht op eerbiediging van het gezinsleven – een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.* 1981-82, 2219.

<sup>86</sup> In die zin o.m. Hof Mensenrechten, arrest-Vermeire van 29 november 1991, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 214 C, §§ 25-26. Over het stilzitten van de nationale wetgever o.m. L.F.M. VERHEY, "Implementatie van het EVRM door de wetgever", in A.W. HERINGA en E. MYJER (ed.), *45 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-1995*, Leiden, N.J.C.M., 1996, 103-116.

<sup>87</sup> Behoudens het arrest-Marckx en het arrest-Mazurek heeft nog geen enkele uitspraak in familierechtelijke sfeer waarbij tot discriminatie werd besloten, aanleiding gegeven tot een wetswijziging. Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990, *B.S.* 17 januari 1991, *J.T.* 1991, 252, noot E. JAKHIAN, *J.L.M.B.* 1991, 110, noot D. PIRE, Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992, *B.S.* 3 december 1992, *J.T.* 1993, 306, noot B. RENAULD, en Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994 (prej. vr.), *B.S.* 3 september 1994, *J.L.M.B.* 1995, 164, noot D. PIRE (alle m.b.t. art. 319 § 3 B.W.) zijn vooralsnog door de wetgever niet in rekening genomen. Het eerste arrest lag aan de rechtstreekse grondslag van twee wetsvoorstellen die een aanpassing van de betreffende bepalingen aan art. 8 en 14 E.V.R.M. voorstonden (*Parl. St.* Senaat 1990-91, 9 januari 1991, nr. 1184-1; *Parl. St.* Senaat 1990-91, 14 januari 1991, nr. 1197-1). Tot op heden evenwel zonder gevolg. Hetzelfde geldt voor volgende uitspraken: Arbitragehof nr. 62/94 van 14 juli 1994 (prej. vr.), *B.S.* 3 september 1994; Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996 (prej. vr.), *B.S.* 11 juli 1996, *R.W.* 1996-97, 979, noot F. APS, *Jaarboek Mensenrechten 1996-97*, 1997, 331, noot J. GERLO,

gerechtelijke stappen te zetten, dan heeft men nog niet de waarborg dat gevolg zal worden gegeven aan een eerdere uitspraak in een vergelijkbare situatie<sup>88</sup>. De vaststelling dat soms op een weinig doorzichtige wijze verrassend tot niet-vergelijkbaarheid van de aangekaarte situaties wordt besloten en dat de evenredigheidstoets meermaals wordt afgehandeld met een verwijzing naar de ruime beoordelingsmarge van de verdragsstaten, beklemtoont het belang om systematisch wetgevend op te treden tegen discriminaties.

## D.2. HET ARGUMENT VAN EEN TE EXTENSIEVE INTERPRETATIE DOOR HET HOF VOOR DE MENSENRECHTEN

31. Het stilzitten van de Verdragsstaten lijkt impliciet te zijn ingegeven door de opvatting dat het Hof voor de Mensenrechten de door het E.V.R.M. beschermde beginselen té extensief interpreteert<sup>89</sup> en daardoor tezeer van hun substantie berooft<sup>90</sup>.

---

*J.L.M.B.* 1996, 1648, noot D. PIRE (alle m.b.t. art. 319 § 4); Arbitragehof nr. 38/93, 19 mei 1993 (prej. vr.), *B.S.* 9 juni 1993 (m.b.t. art. 335, § 3 lid 2 B.W. zie evenwel: Wetsvoorstel van 21 juni 2001 tot opheffing van art. 335 § 3 tweede lid B.W.); Arbitragehof nr. 104/98, 21 oktober 1998 (prej. vr.), *B.S.* 1 december 1998 (m.b.t. art. 323 B.W.); Arbitragehof nr. 61/2000 van 25 mei 2000, *B.S.* 8 augustus 2000 (m.b.t. art. 320, 4° B.W.); Arbitragehof nr. 67/97 van 6 november 1997, *B.S.* 14 januari 1998 en Arbitragehof nr. 53/2000 van 3 mei 2000, *B.S.* 8 juli 2000 (m.b.t. 370 § 1, tweede lid B.W.). Het merendeel van de wetswijzigingen die sinds het arrest-Marckx werden doorgevoerd, zijn geïnspireerd op het belang van het kind, zoals verwoord in het I.V.R.K.

<sup>88</sup> Art. 26, § 2 lid 3, 3° Bijzondere Wet op het Arbitragehof stelt dat de rechter een prejudiciële vraag tot het Arbitragehof richt wanneer hij het voorliggende probleem niet zonder twijfels via de 'acte clair'-theorie ('klaarblijkelijke afwezigheid van schending') aan de kant kan schuiven. De rechtszoekende is m.a.w. afhankelijk van het standpunt van de rechter in de materie om de vraag naar de vergelijkbaarheid van situaties en dus ook naar een mogelijke discriminatie tussen beide beantwoord te zien door het Arbitragehof.

<sup>89</sup> Een extensieve interpretatie werd o.m. toegepast in de arresten-Marckx van 13 juni 1979, Serie A, nr. 31, § 95, Tyrer van 25 april 1978, Serie A, nr. 26 en Guzzardi van 6 november 1980, Serie A, nr. 39.

<sup>90</sup> C. FORDER, "The anti-discrimination principle as an instrument of change in family law", *N.I.L.R.* 1998, 39; T. LOENEN, "Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens als toetser of steller van de wet?", in A.W. HERINGA en E. MYJER (ed.), *I.c.*, 75-82; P. SENAEEVE, "Van Marckx tot Vermeire: 12½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof", *F.J.R.* (Ndl.) 1991, 195 en 246; G.J. WIARDA, *Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens*, Den Haag, VUGA, 1986, 11. Zie ook hoger de benadrukking dat de oorspronkelijke doelstelling van art. 8 E.V.R.M. helemaal niet zover ging. F. SUDRE, "A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme", *JCP* 2001, 1365-1368, stelt dat de rechtspraak van het E.H.R.M. meer ingegeven zou zijn door een 'démarche constructive' van de Europese rechter, dan door een interpretatie van de gemeenschappelijke evolutie die de betrokken rechtsstelsels doormaken. Het "interpretatieve dynamisme" vindt plaats op twee niveaus: zowel de toepasbaarheid van de bepaling als de inhoud ervan worden verruimd. Twee technieken worden daarbij gehanteerd: de techniek van de autonome noties en die van de ontwikkeling van de sleutelconcepten. De notie gezinsleven is reeds meermaals uitgebreid, zonder dat daarbij werd verwezen naar een gelijkaardige evolutie in de interne rechtsstelsels (uitbreiding tot de natuurlijke familie, de situatie van het kind dat verwekt is in overspel, de aanname van familieleden bij een transseksueel, bv. Hof mensenrechten, arrest-Cossey van 27 september 1990, A.184, § 46). Ook via sleutelconcepten, 'elementen die noodzakelijk inherent zijn aan een recht', verrijkt de rechter de inhoud van een recht, zoals bv. gebeurde met de plaatsing van het recht om in een gezonde omgeving te wonen, evenals de gezondheid in het algemeen, onder de bescherming van art. 8

**32. Voorzichtigheid is aangewezen.** We stemmen ermee in dat voldoende waakzaamheid aan de dag moet worden gelegd opdat de doelstelling om minimumstandaarden te waarborgen op een aantal levensdomeinen die als fundamenteel worden ervaren<sup>91</sup>, niet misbruikt wordt om tot een directe werking in het interne recht te besluiten van regels die eigenlijk niet als dusdanig in het Verdrag zijn opgenomen<sup>92</sup>.

**33. Het formele beginsel van de scheiding der machten moet evenwel worden afgewogen tegen de vaststelling dat de Verdragsstaten in sommige gevallen onvoldoende inspanningen leveren om het materiële gelijkheidsbeginsel te implementeren.** De neiging van het Hof om als reactie op die vaststelling over te gaan tot rechterlijke beleidsvoering kan in dat opzicht eveneens begrip opwekken<sup>93</sup>. Mondt deze rechtsvinding op termijn evenwel uit in een ongeschreven Europese eenmaking van het personen- en familierecht<sup>94</sup>, dan rijst

---

E.V.R.M. (arrest-Lopez Ostra van 9 december 1994, A.303-C, § 51 en Mc Ginley en Egan van 9 juni 1998, Rec. 1998-III).

<sup>91</sup> F. RIGAUX, "La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des Droits de l'Homme", *J.T.* 1979, 513-524; P. SENAEVE, "Van Marckx tot Vermeire: 12½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof", *F.J.R.* (Ndl.) 1991, 246. Zo weigert het Hof van Cassatie nog steeds directe werking toe te kennen aan bepaalde positieve plichten die volgens het E.H.R.M. uit het E.V.R.M. voortvloeien: Cass. 19 september 1997, *R.W.* 1998-99, 435. Deze kritiek bestaat tevens t.a.v. andere bronnen van mensenrechten, zoals de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Steeds vaker rijst de vraag of het zin heeft om nog andere categorieën van mensen te benoemen als drager van rechten van de mens, naast de mens in het algemeen (U.V.R.M., E.V.R.M., I.V.B.P.R.), minderheden in het algemeen (I.V.B.P.R.), kinderen (I.V.R.K.) en vrouwen (Vrouwenrechtenverdrag) in het bijzonder, en voortdurend nieuwe aanspraken tot rechten van de mens te blijven proclameren: PH. ALSTON, "Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control", *American journal of international law* 1984, 607-621; P.B. CLITEUR, "De dreigende proliferatie van mensenrechten", in N.J.H. HULS (ed.), *Grenzen aan mensenrechten*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij, 1995, 7-31 en P.B. CLITEUR, *De filosofie van mensenrechten*, Nijmegen, Ars Aequi, 1997, 79-89; P. R. BAEHR, "50 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens", *N.J.B.* 1998, 2011, nuanceert de gevolgen.

<sup>92</sup> Zoals bv. een recht om uit de echt te scheiden: zie hierover Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, Serie A, 112, §§ 52-53; F. RIGAUX, "La loi condamnée...", *J.T.* 1979, 513-524; F. RIGAUX, "La jurisprudence belge après l'arrêt Marckx", (noot onder Cass. 3 oktober 1983), *R.C.J. B.* 1984, 616-635; J. VELU, *Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme*, Brussel, Swinnen, 1981, 88-89; M. BOSSUYT, "Publiekrechtelijke aspecten van het arrest-Marckx", *R.W.* 1979-80, 929-970; A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginnelsen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 120-125; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "La garantie des droits de l'homme et la Cour européenne de Strasbourg", *J.T.* 1982, 112-114; J. PAUWELS, "Overspelige kinderen en de directe werking van het Marckxarrest", *R.W.* 1982-83, 1592-1595; J. PAUWELS, "De Marckxinterpretatie van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens: België geen koploper", *R.W.* 1983-84, 2795-2806; J. PAUWELS, *Beginnelsen van personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 1986, boekdeel 3, nr. 15.146; P. SENAEVE, "Het E.V.R.M., de directe werking en het Marckx-arrest", *R.W.* 1982-83, 2684-2691 en "Het Marckx-arrest, de directe werking en het Hof van Cassatie", *R.W.* 1985-86, 1823-1838.

<sup>93</sup> C. FORDER, "The anti-discrimination principle as an instrument of change in family law", *N.I.L.R.* 1998, 59, stelt dat de rechtbank zelf zal ingrijpen na het verstrijken van een redelijke termijn voor wetgevend ingrijpen, afhankelijk van de complexiteit van de betrokken wetgeving en van de intensiteit van de inbreuk.

<sup>94</sup> Over dergelijke evolutie: M.V. ANTOKOLSKAIA, W.A. DE HONDT, G.J. STEENHOFF, *Een*

de vraag of deze taak niet beter wordt overgelaten aan regelgevende instanties<sup>95</sup>.

zoektocht naar Europees familierecht, preadvies nr. 58 Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer, Kluwer, 1999, 141 p.; M. ANTOKOLSKAIA, "Enkele gedachten over de harmonisatie van het familierecht in Europa", *F.J.R.* 2002, 4-10; G.R. DE GROOT, "Op weg naar een Europees personen- en familierecht?", *A.A. (Ndl.)* 1995, 29: vooral via de toepassing van het I.V.R.K., het E.V.R.M. en het Vrouwenverdrag wordt de weg geopend voor Europese basisbeginselen. De invloed van de E.U. is zo goed als *nihil*. De Groot gelooft evenwel niet dat men binnen de eerste vijftig jaar tot een eengemaakt Europees familierecht zal komen. Hij streeft wel naar een unificatie van het internationale personen- en familierecht. Inzake familierechtelijk I.P.R. kan dan ofwel rechtskeuze worden gelaten, ofwel een facultatief Europees personen- en familierecht worden gecreëerd dat dan binnen de rechtskeuzemogelijkheden kadert; W. PINTENS, "Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht, ein Rolle für die Europäischen Union?", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, 671, heeft het over een 'whole code of family law'; A. RIEG, "L'harmonisation européenne du droit de la famille: mythe ou réalité", in A.E. VON OVERBECK (ed.), *Conflicts et harmonisation, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Fribourg, 1990, 499; P. SENAËVE, "Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten", in X., *De menselijke maat, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Dr. G.P. Hoefnagels*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 110; D. KOKKINI-IATRIDOU en K. BOELE-WOELKI, "Opmerkingen over de 'schets van een algemene wet betreffende het I.P.R.'. Een rechtvergelijkende studie naar Algemene Bepalingen en Niet-contractuele Verbintenissen", *N.I.P.R. (Ndl.)* 1992, 477 e.v.; M. KILLERBY, "The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)", in N. LOWE en G. DOUGLAS (ed.), *Families across frontiers*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 13-25; C. HAMILTON, "European family law", in C. HAMILTON en K. STANDLEY (ed.), *Family law in Europe*, Londen, Butterworths, 1995, 753 p.; A. RIEG, "L'harmonisation européenne du droit de la famille: mythe ou réalité?", in X., *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von Overbeck*, Ed. universitaires Fribourg Suisse, 1990, 473-49. Eveneens een standaardwerk in de materie is: B. VERSCHRAEGEN en T. TOLZMAN, *Gleichheit im Familienrecht unter Berücksichtigung des Einflusses von Verfassungen und internationalen Übereinkommen*, Bielefeld, Gieseling, 1997, 353 p. Over een eengemaakt Europees zaken- en contractenrecht: C. VON BAR, "Le groupe d'études sur un code civil européen", *R.I.D.C.* 2001, 127-139, die wijst op het risico dat over bepaalde zaken geen akkoord wordt bereikt. De behouden verwijzingen naar het nationale recht moeten evenwel zo beperkt mogelijk blijven. Een tweede vraag is hoe we het reeds bestaande uniforme recht kunnen integreren in het volledig eengemaakte recht, en welke plaats bestaande internationale akkoorden daarbij krijgen.

Een zekere scepsis is tevens aanwezig bij o.m. W. PINTENS en K. VANWINCKELEN, *Casebook European family Law*, Leuven, University Press, 2001, 16 (er is vooralsnog slechts een beperkte *common ground*); D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 11 (een eenmaking van het familierecht lijkt veraf. Ook het Hof voor de Mensenrechten vormt in dit verband geen stuwende kracht: "Door een beroep te doen op het consensusbeginsel i.p.v. te verwijzen naar hogere waarden die de inspiratie en grondslag vormen voor de rechten neergelegd in het E.V.R.M., stuwt het Hof het personen- en familierecht binnen de Raad van Europa niet zozeer in een bepaalde richting, maar blijkt het hoogstens de reeds aan de gang zijnde nationale en internationale hervormingen te bekrachtigen en te stimuleren. De houding van het Hof is niet pro-actief maar reactief"). Ook M.V. ANTOKOLSKAIA e.a., o.c., 33-74, hebben het over "verschillende snelheden".

E. JAYME, *Ein internationales Privatrecht für Europa*, Heidelberger Forum Band 70, Heidelberg, 1991, 8, verzet zich tegen een eenmaking van het familierecht, wegens zijn sterk culturele gebondenheid, dit i.t.t. andere rechtstakken (hierover o.m. J. SMITS, *The making of European Private Law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, 2002, 306 p.). Ook J. ERAUW, "Een terugblik naar het Belgisch ipr bij de uitgang van de 20ste eeuw", *T.P.R.* 2001, 64-65; M. FREUDENTHAL en F.J.A. VAN DER VELDEN, "Europees procesrecht en het Verdrag van Amsterdam", in E.H. HONDIUS, A.W. JNGBLOED en R. C. VERSCHUUR (eds), *Van Nederlands naar Europees procesrecht?! Liber amicorum Paul Meijknecht*, Deventer, Kluwer, 2000, 88 en H. MUIR-WATT en B. ANCEL, "La désunion européenne. Le règlement dit 'Bruxelles II'", *R.C.D.I.P.* 2001, 403-459, zien niet onmiddellijk een noodzaak tot eenmaking.

<sup>95</sup> M. ADAMS, "Het ongemakkelijke huwelijk tussen recht en politiek. Een essay over de rechter

**34.** *Het verwijt moet evenwel worden genuanceerd.* Het verwijt van een *gouvernement des juges* moet hoedanook enigszins worden afgezwakt door de vaststelling dat de praktijk van extensieve en evolutieve interpretatie<sup>96</sup> in tweeërlei zin moet worden genuanceerd. Van meet af aan heeft het Hof enerzijds zélf grenzen gesteld aan zijn interpretatiemethode, door duidelijk te stellen dat het niet bij machte is om volstrekt nieuwe fundamentele rechten aan te nemen. Het besloot in die zin dat het E.V.R.M. geen fundamenteel recht beschermt om uit de echt te scheiden of een recht voor concubanten om gelijk te worden behandeld als gehuwden<sup>97</sup>. Bovendien heeft het Hof zich reeds meermaals op de oppervlakte gehouden bij zijn evenredigheidstoets, door te stellen dat in de voorliggende materie nog geen gemeenschappelijke Europese noemer is bereikt en dat een bepaalde maatregel mede<sup>98</sup> daarom niet als onevenredig kan worden bestempeld<sup>99</sup>. Op die manier hebben ook de Verdragsstaten zélf invloed op het gezinsconcept dat binnen de werkingssfeer van het verdrag wordt gehanteerd.

---

als evenwichtskunstenaar", R.W. 1996-1997, 1210; N. EMILOU, *The principle of proportionality in European law. A comparative study*, London/Den Haag/Boston, Kluwer Law International, 1996, 272-274; M. KILLERBY, "Family law in Europe. Standards set by the member States of the Council of Europe", in M.T. MEULDERS-KLEIN, *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Brussel, Bruylant, 1998, 351-378, stelt dat een Europees familierecht nog veraf is, maar dat anderzijds al een aantal 'European standards' zijn ontwikkeld. Aan de grondslag daarvan liggen vnl. het E.V.R.M. en de rechtspraak van het E.H.R.M., evenals het ECOSOC-verdrag en meerdere aanbevelingen; W. LEISNER, *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997, 127-132; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, PUAM, Economica, 490 p.

<sup>96</sup> Door het Hof voor het eerst expliciet tot zijn bevoegdheden gerekend in Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 112; bevestigd in Hof Mensenrechten, arrest-Inze van 28 oktober 1987, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 126. Hierover o.m. S.C. PREBENSEN, "Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights", in ROLV RYSSDAL, P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD en L. WILDHABER (eds), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1123; aanvaard als flexibele wijze om het verdrag te adapteren. Het moet evenwel voorkomen worden dat een recht zou worden toegevoegd dat er niet van in het begin bijhoorde: Hof Mensenrechten, arrest-Marckx, § 41; Hof Mensenrechten, arrest-Johnston, §§ 52-53; Hof Mensenrechten, arrest-Inze, § 41; Hof Mensenrechten, arrest-Vermeire, §§ 19-21; Hof Mensenrechten, arrest-Dudgeon, § 60, Hof Mensenrechten, arrest-Norris, § 46; Hof Mensenrechten, arrest-Modinos, § 25.

<sup>97</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 112 §§ 52-54 resp. §§ 68-69. Hierover o.m. G. COHEN-JONATHAN, "Respect for Private and Family Life", in R.S.J. MACDONALD e.a. (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, 1993, 429.

<sup>98</sup> Het gebrek aan een gemeenschappelijke noemer is evenwel niet steeds een voldoende reden om te besluiten dat niet gediscrimineerd wordt: Hof Mensenrechten, Arrest-Johnston.

<sup>99</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Marckx van 13 juni 1979, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 31 §§ 38-43; Hof Mensenrechten, arrest-Rasmussen, A.87, § 40: "la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des états contractants peut constituer un facteur pertinent à l'égard de l'étendue de la marge d'appréciation"; inzake het recht op gezinshereniging: Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz 28 mei 1985, A. 94, § 67. Zie ook o.m. P. SENAEEVE, "Van Marckx tot Vermeire: 12½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof", *F.J.R. (Ndl.)* 1991, 195, 244 en 246; A. ALLEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Leuven, Acco, 1995, 515.

De gecentraliseerde rechtspraak van het Hof biedt enerzijds een tegenwicht voor uiteenlopende interpretaties van eenzelfde grondrechtenbepaling binnen de rechtsordes van de onderscheiden Verdragsstaten. In gevoelige thema's, die nog niet rijp zijn voor eenmaking, valt het Hof anderzijds terug op een verwijzing naar de ruime beoordelingsmarge die ter zake aan de Staten gelaten wordt<sup>100</sup>. Enkel als de Verdragsstaten geen opportuniteitskeuze rest, met name als een bepaalde schending slechts op één enkele manier kan worden bestreden, is de rechtstreekse werking van het Verdrag absoluut<sup>101</sup>. Deze stelling staat in functie van de beleidsruimte die het Hof de Staten – indien mogelijk – moet laten. Bepaalde auteurs menen dat het zich daarbij soms al té terughoudend opstelt<sup>102</sup>.

**35. Op zoek naar een evenwicht.** Om zowel het risico van een 'gouvernement des juges' als van een 'gouvernement des législateurs nationaux' af te wenden<sup>103</sup> moet rechtspraak een evenwicht zien te vinden tussen enerzijds een effectieve toetsing, waarbij gevoelige materies niet uit de weg gegaan worden door een al te gemakkelijke verwijzing naar de ruime appreciatiemarge van de betrokken wetgever<sup>104</sup>, en anderzijds een voldoende en duidelijke begrenzing van de toetsingsbevoegdheid<sup>105</sup>, dat laatste omwille van het sterk politiek getinte karakter van het gelijkheidsbeginsel<sup>106</sup>.

**36.** Behoort een gelijkheidstoets niet tot de mogelijkheden, omdat de twee voorliggende situaties niet vergelijkbaar blijken te zijn, dan kan de beweerde benadeelde situatie mogelijk nog aan een andere bepaling van het E.V.R.M.

<sup>100</sup> P. SENAËVE, "Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten", in X., *De menselijke maat, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Dr. G.P. Hoefnagels*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 110.

<sup>101</sup> A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 124; zie ook M. COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1996, 168-177. Tevens later bevestigd door Cass. 15 mei 1992, *R.W.* 1992-93, 327.

<sup>102</sup> I. DE HONDT, "Verdragsrechtelijk Europees Familierecht", in NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING, M.V. ANTOKOLSKAIA, W.A. DE HONDT en G.J.W. STEENHOFF, *Een zoektocht naar Europees familierecht. Pre-advies*, Deventer, Kluwer, 1999, 114; R.A. LAWSON, *Het E.V.R.M. en de Europese Gemeenschappen*, Europese Monografieën 61, Kluwer, Deventer, 1999, 51.

<sup>103</sup> Voor dit risico verwittigen o.m. N. HOLTRUST en I. DE HONDT, *Het Marckxarresteffect*, Brussel, Nemesis, 1986, 117-119; P. SENAËVE, "Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten", in X., *De menselijke maat, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Dr. G.P. Hoefnagels*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 111.

<sup>104</sup> Zoals bv. wél gebeurde in: Arbrb. Brugge 8 maart 1999, *R.W.* 1999-2000, 566 (het feit dat "de wetgever deze bepaling tot op heden nog niet wijzigde, kan misschien illustreren dat de maatschappelijke evolutie nog niet ver genoeg is gegaan", in *casu* inzake de bestaansminimumregeling die slechts de buitenhuwelijkse samenleving van heteroseksuele koppels als gezinssituatie bestempelt en niet die van homoseksuelen).

<sup>105</sup> J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 167.

<sup>106</sup> *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 483/2, 4; *Parl. Hand.* Senaat 1988-89, 30 november 1988, 428; *Parl. Hand.* Kamer 1988-89, 4 januari 1989, 975, met mededelingen als: "Het gelijkheidsbeginsel is immers in hoge mate een beginsel waarin het juridische en het politieke, de legaliteit en de opportuniteit, innig verstrengeld zijn".

worden getoetst<sup>107</sup>.

**37. De bescherming tegen discriminatie biedt een meerwaarde.** Een loutere bescherming op grond van art. 8 E.V.R.M. is evenwel vaak slechts een 'tweederangsbescherming' in die zin dat ze niet steeds even gemakkelijk effectief kan worden afgedwongen als de bescherming die art. 14 E.V.R.M. biedt in samenlezing met art. 8 E.V.R.M. De reden daarvoor ligt in de aard van de verplichtingen die de veroordeelde Verdragsstaat worden opgelegd. Ongeoorloofde discriminatie tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen inzake de vaststelling en de gevolgen van afstamming bv. kan slechts op één enkele wijze opgeheven worden, nl. door op buitenhuwelijkse kinderen niet langer de discriminerende bepalingen toe te passen en door te verwijzen naar de bepalingen ter zake voor huwelijkse kinderen<sup>108</sup>. Hiermee stelt de rechter zich niet in de plaats van de wetgever. Er rust vaak slechts een negatieve verplichting op de wetgever: het wegwerken van de discriminatie.

Wordt een Verdragsstaat evenwel veroordeeld op grond van art. 8 E.V.R.M., dan wordt hem doorgaans een positieve verplichting opgelegd: het gezinsleven moet de juridische mogelijkheid worden geboden om zich te ontplooien. De verbintenis die op de Staat rust, is evenwel slechts een resultaatsverbintenis. De veroordeelde Staat wordt een vrije keuze van de middelen gelaten. Vaak kan het beoogde doel op meerdere wijzen worden verwezenlijkt. Er kan dan ook over het algemeen minder vaak rechtstreekse werking worden verleend aan een veroordeling die louter op een schending van art. 8 E.V.R.M. is gebaseerd<sup>109</sup>. De

<sup>107</sup> C. FORDER, "The anti-discrimination principle as an instrument of change in family law", *N.I.L.R.* (Ndl.) 1998, 39, acht een dergelijk onderzoek geloofwaardiger dan een eindeloze uitrekking van de gelijkheidsnotie.

<sup>108</sup> *Contra*: S. MOSSELMANS, noot onder Cass. 19 september 1997, *R.W.* 1998-99, 439, meent dat de extensieve interpretatie van art. 14 j° 8 E.V.R.M. geen rechtstreekse werking in de interne rechtsorde kan hebben.

<sup>109</sup> M. COENE, o.c., 170; P. SENAËVE, "De invloed van het E.V.R.M. op het Belgische familie- en jeugdrecht", *F.J.R.* (Ndl.) 1986, 199-200. Dit neemt niet weg dat de rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten over het algemeen rechtstreekse werking in de interne rechtsorde heeft (zoals algemeen geldt voor Verdragen met voldoende duidelijke en nauwkeurige bepalingen: Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959; expliciet bevestigd m.b.t. art. 8 E.V.R.M. door Cass. 26 september 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 116), ook voor de verplichtingen die voortvloeien uit een extensieve en dus op sommige punten nieuwe interpretatie. Voorheen werd dat niet steeds aangenomen. Zo week bv. het Hof van Beroep van Brussel af van de visie van het E.H.R.M. dat het adagium 'mater semper certa est' een door het E.V.R.M. vooropgesteld beginsel is, ook m.b.t. niet-erkende kinderen: Brussel 31 januari 1983, *R.W.* 1982-83, 2681, met noot P. SENAËVE, 2684-2691. Het cassatieberoep van 10 mei 1985 tegen dit arrest werd verworpen vanuit de stelling dat art. 8, lid 1 in zoverre het de lidstaten positieve verplichtingen oplegt geen rechtstreekse werking in de interne rechtsorde zou hebben wegens onvoldoende nauwkeurig en volledig. Ook positieve verplichtingen die uit de verdragsbepalingen worden afgeleid, kunnen op zich voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn om de lidstaten rechtstreeks te verbinden (o.m. Hof Mensenrechten, arrest X. en Y. t./ Nederland van 26 maart 1985, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 91, § 23; arrest X., Y. en Z van 22 april 1997, *Rev. trim. D.H.* 1998, 117, noot F. RIGAUX). Een onderscheid tussen bepalingen is immers niet voldoende wezenlijk om aan beide een verschillende werkingssfeer toe te kennen, wanneer dat onderscheid louter is gebaseerd op het feit dat de ene bepaling enkel negatieve, en de andere (ook) positieve verplichtingen oplegt aan de lidstaten. Wél maakt het Hof van Cassatie, o.i. terecht, een nuancering door te stellen dat aan



bescherming is m.a.w. precairder.

**38.** Dit onderscheid tussen uitspraken die een *schending* van art. 8 E.V.R.M. vaststellen en uitspraken die besluiten tot een *discriminatie* m.b.t. het gezinsleven (art. 14 § 8 E.V.R.M.), geeft aan dat materies die niet rechtstreeks betrekking hebben op het gelijkheidsbeginsel nog sterker afhankelijk zijn van wetgevende tussenkomst dan materies die door hun vergelijkbaarheid met bepaalde categorieën van personen of bepaalde situaties, achteraf gemakkelijker in ons rechtsbestel kunnen worden ingepast.

Deze vaststelling is van groot belang voor de confrontatie met buitenlandse rechtsfiguren. De kans dat tot niet-vergelijkbaarheid van Belgische en buitenlandse rechtssituaties wordt besloten, wordt vergroot door de onvertrouwdheid met of terughoudendheid t.a.v. vreemde rechtsculturen. Eén van de voornaamste onderzoektopics wordt de vraag naar de vergelijkbaarheid, adapteerbaarheid, equivalentie van onbekende buitenlandse rechtsfiguren met een Belgische rechtsfiguur, voornamelijk in de materie van de afstamming. Het belang van een goed afgewogen antwoord op die vraag treedt in het licht van de vorige vaststelling duidelijk naar voren. Kunnen we besluiten tot de adapteerbaarheid of beter nog equivalentie van twee rechtsfiguren, dan kan een gelijkheidstoets worden doorgevoerd. Blijkt het gelijkheidsbeginsel geschonden, dan moet het initiatief van de wetgever niet worden afgewacht en kan elke rechtsonderhorige op de rechtstreekse werking van de uitspraak terugvallen. Deze rechtstreekse werking verleent de uitspraak wegens de particulariteit van het grondrechten- en gelijkheidsdiscours een statuut dat tussen een werking *inter partes* en een werking *erga omnes* inligt.

Kan niet tot een vergelijkbaarheid worden besloten, wat bv. het geval zal zijn bij de beoordeling van polygamie<sup>110</sup>, dan rest de aanpak via art. 8 of 12 E.V.R.M.

---

de extensieve interpretaties slechts directe werking moet worden toegekend, mits de rechter minstens duidelijk weet welke oplossing hij moet hanteren na buitentoepassingverklaring van de discriminatoire bepaling (Cass. 19 september 1997, *R.W.* 1998-99, 435, noot S. MOSSELMANS, *J. dr. jeun.* 1999, 59, noot J. JACQMAIN; Cass. 15 mei 1992, *R.W.* 1992-93, 327; Cass. 3 oktober 1983, *R.W.* 1983-84, 1972; Cass. 10 mei 1985, *R.W.* 1985-86, 1848; Cass. 6 maart 1986, *R.W.* 1986-87, 236). Hierbij mag hij niet voor de moeilijkheid van concurrerende rechtsregels geplaatst worden. Zoniet zou hij zich een bevoegdheid toeëigenen die slechts aan de wetgevende macht toekomt: C. FORDER, *l.c.*, 52. Zie ook rechtspraak van het Duitse federale grondwettelijke Hof waarin tot dubbele discriminatie besloten werd door de regel dat ongehuwde koppels in tegenstelling tot uit de echt gescheiden ouders geen gezamenlijk gezag konden uitoefenen. Enerzijds stelde het Hof een schending van de ouderlijke rechten van de vader vast, anderzijds een discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen. Aangezien de schending echter op meerdere wijzen kon worden geremedieerd, hield het Hof het bij die vaststelling: BVerfG 7 mei 1991, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht* 84, 168. Hiermee stapte het af van haar vroegere rechtspraak, die ook door de Europese Commissie werd gehanteerd: BVerfG 24 maart 1981, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht* 56, 384-390 en E.C.R.M. nr. 9639/82, B., R. en J. t. B.R.D., *D&R* 36, 130-139. Zie ook de Nederlandse Hoge Raad toen deze tot discriminatie van art. 26 I.V.B.P.R. besloot door de wettelijke onmogelijkheid zijn kinderen de familienaam van de moeder te geven: H.R. (Ndl.) 23 september 1988, *N.J.* 1989, nr. 740.

<sup>110</sup> Ook al biedt het interne recht in de marge wel enkele overwegingen om soepel om te springen met bepaalde rechtsgevolgen van polygamie (*cf. infra*).



Deze is, zoals we reeds stelden, op termijn onzekerder. Niet alleen biedt slechts een wetswijziging waarborgen voor een mensenrechtenconforme houding in de toekomst. Ook staat niet vast dat interne rechtspraak zich steeds geroepen zal voelen om de interpretatie van het Hof direct toe te passen.

39. Het wekt in dat opzicht verwondering dat het Hof systematisch oordeelt dat bij vastgestelde schending van een autonome Verdragsbepaling een onderzoek naar een tweede schending, met name van het gelijkheidsbeginsel, overbodig is<sup>111</sup>.

### D.3. HET BELANG EN DE RISICO'S VAN WETGEVEND INGRIJPEN IN VASTGESTELDE DISCRIMINATIES

40. Slechts een wetswijziging biedt waarborgen voor een mensenrechtenconforme houding in de toekomst. Wetgevend ingrijpen betekent evenwel dat nieuwe keuzes moeten worden gemaakt. Het risico dat daarbij nieuwe discriminaties in het leven worden geroepen, is niet denkbeeldig. Verdergaand op ons voorbeeld van het arrest-Marckx en zijn gevolgen, kunnen we verwijzen naar het amendement van 10 juli 1986 op het wetsontwerp van 1978<sup>112</sup> dat twee nieuwe bepalingen bevatte die volgens enkele parlementsleden een nieuwe discriminatie mogelijk maakten. Vooreerst werd geopperd dat de invoering van inspraakrecht voor de moeder bij de vaderlijke erkenning van buitenhuwelijkse kinderen<sup>113</sup> een inbreuk zou vormen op de vrijheid van vestiging van de afstammingsband, zoals beschermd door art. 8 en 14 E.V.R.M.<sup>114</sup>. De bepaling werd niettemin aangenomen ter bescherming van de belangen van het kind<sup>115</sup>. Tussen 1990 en 1996 heeft het Arbitragehof over deze kwestie van het inspraakrecht van de moeder een aantal uitspraken gevelde waarbij de regeling partieel discriminatoir is bevonden<sup>116</sup>.

In hetzelfde amendement figureerde tevens een bepaling die de erkenning door een gehuwde man van een in overspel verwekt kind onderwerpt aan een

<sup>111</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Airey, 9 oktober 1979, Serie A, nr. 32, 16; Hof Mensenrechten, arrest-Dudgeon, 22 oktober 1981, Serie A, nr. 45, 26; arrest-Johnston, *aangeh.*; arrest-Beldjoudi, *aangeh.*; e.a. De praktijk is reeds dermate regel geworden, dat niet langer wordt gerechtvaardigd waarom niet op de discriminatievraag wordt ingegaan. Er is reeds ruim tegen ingegaan door o.m. rechter EVRIGENIS, Diss. Op. onder arrest-Airrey, *I.c.*, 29; rechter MATSCHER, Diss. Op. onder arrest-Dudgeon, *I.c.*, 36; rechter De Meyer, Diss. Op. onder arrest-Johnston, *I.c.*, 39-40; P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF (1998), 716-718.

<sup>112</sup> Ontwerp van Wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (geamendeerd ontwerp), *Parl. St.* Senaat 1985-86, nr. 338; A.W. HERINGA, "Artikel 14 E.V.R.M.: een achtergestelde waarborg?", in A.W. HERINGA en E. MYJER (eds), *I.c.*, 227.

<sup>113</sup> Voorstel van een nieuw art. 319 § 3 B.W.: *Parl. St.* Senaat 1985-86, nr. 338-1.

<sup>114</sup> Verslag namens de senaatscommissie voor de justitie van 18 juni 1985, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904-2, p. 59; Verslag namens de kamercommissie voor de justitie van 3 juli 1986, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378-16, 37.

<sup>115</sup> Verslag namens de senaatscommissie voor de Justitie, *I.c.*, 59-60; Verslag namens de kamercommissie voor de justitie, *I.c.*, 39.

<sup>116</sup> Arbitragehof nr. 39/90 van 21 december 1990, *B.S.* 17 januari 1991; Arbitragehof nr. 63/92 van 8 oktober 1992, *B.S.* 3 december 1992.

gerechtelijke homologatie met inspraakmogelijkheid voor de echtgenote van de erkenner. Sommige parlementsleden zagen ook hierin een mogelijke inbreuk op het E.V.R.M.<sup>117</sup>. De bepaling is niettemin ingevoerd, o.m. in navolging van vroegere cassatierechtspraak<sup>118</sup>. Binnen de rechtspraak is over deze kwestie nog steeds niet tot een eenvormig standpunt gekomen. Voornamelijk lagere rechtspraak heeft de regeling reeds discriminatoir bevonden<sup>119</sup>.

41. De laattijdige reactie van de wetgever op het arrest-Marckx en tevens de discussie over enkele bepalingen ervan, reeds tijdens de parlementaire voorbereiding van de afstammingswet van 1987, illustreren de moeilijkheid om het gelijkheidsbeginsel zijn volle uitwerking te geven in de juridische organisatie van verwantschaps- en afstammingsbanden. Vaak gaat een lang bewustmakingsproces vooraf aan het inzicht dat bepaalde uit het verleden meegenomen vormen van ongelijke behandeling niet langer gerechtvaardigd zijn. Vervolgens rijst de vraag hoe die discriminaties best worden bestreden, zonder dat nieuwe discriminaties in het leven worden geroepen of dat andere vormen van discriminatie aan de ingreep ontsnappen<sup>120</sup>. De rechtspraak van het Arbitragehof kan met een uitgebreide motivering van zijn arresten minstens gedeeltelijk aan deze bezorgdheid tegemoetkomen. Weigert de wetgever bij de aanpassing van wettelijke bepalingen rekening te houden met door het Hof gemaakte nuances, dan wordt hij immers vooreerst preventief in het advies van de Raad van State daarop gewezen, en desnoods *a posteriori* remediërend terechtgewezen in een procedure tot nietigverklaring van de nieuwe regeling.

## E. HET GELIJKHEIDSCONTENTIEUX VOOR HET ARBITRAGEHOF

### E.1. BEVOEGDHEID

42. Sinds 1989 komt aan het Arbitragehof de bevoegdheid toe de wetten, decreten en ordonnanties te toetsen aan de bepalingen van artikel 10 en 11

<sup>117</sup> Verslag namens de kamercommissie voor de justitie, *l.c.*, 15.

<sup>118</sup> Cass. 3 oktober 1983, *R.W.* 1983-84, 1972.

<sup>119</sup> O.m. Rb. Turnhout 29 april 1982, *R.W.* 1982-83, 1590, noot J. PAUWELS; Rb. Leuven 26 december 1983, *R.W.* 1984-85, 362, noot; Rb. Hasselt 10 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 2573, noot J. PAUWELS. *Contra*: Rb. Mechelen 7 april 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 320; Gent 20 mei 1983, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 201; Antwerpen 23 april 1985, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 197 (waarbij alle toetsingscriteria werden nagegaan); Antwerpen 28 juni 1989, *R.W.* 1991-92, 507, noot J. MELLAERTS; Rb. Gent 12 november 1992, *R.W.* 1992-93, 1203, noot J. MELLAERTS.

<sup>120</sup> Een vaststelling in de laatste zin werd gemaakt door J. GERLO, "De persoonsrechtelijke gevolgen van het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAËVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 230-231, m.b.t. het behoud van de onmogelijkheid om een in overspel verwekt kind op te voeden in de echtelijke woonplaats zonder toestemming van de bedrogen echtgenoot. Gerlo bevond deze bepaling discriminatoir en strijdig met het grondrecht van het kind om door zijn ouder te worden opgevoed. De wetgever koos zijns inziens onterecht partij in een conflict tussen grondrechten, nl. tussen dat van het kind en dat van de echtgenoot. Volgens Gerlo primeert het belang van het kind en moet de bedrogen echtgenoot tot een keuze worden gedwongen tussen toestemming en echtscheiding.

G.W.<sup>121</sup> Niet enkel de grondwettelijke<sup>122</sup> rechten en vrijheden en deze die voortvloeien uit algemene rechtsbeginselen (de zogenaamde grondbeginselen)<sup>123</sup> worden beschermd, maar ook alle rechtsbeginselen die zitten vervat in internationale verdragen die België verbinden en directe werking hebben<sup>124</sup>.

Het Arbitragehof heeft zich alvast bevoegd verklaard om o.m. art. 8, 10<sup>125</sup>, 12 en 14 E.V.R.M. en art. 6, 14, 17, 19<sup>126</sup>, 23, tweede en derde lid en 26 I.V.B.P.R.<sup>127</sup> aan de grondwettelijke beginselen te toetsen. Het Hof verklaarde zich daarentegen onbevoegd om wetbepalingen te toetsen aan de artikelen van de U.V.R.M.<sup>128</sup>

## E.2. DE TOETSINGSCRITERIA

**43.** Over het algemeen is de toetsing erop gericht na te gaan of de verschillende behandeling van twee vergelijkbare situaties is gerechtvaardigd. Wordt besloten tot de vergelijkbaarheid van twee situaties en tot een verschillende behandeling van beide, dan kan het onderscheid in behandeling mogelijk objectief en redelijk verantwoord zijn. Om dit na te gaan vindt een toets plaats die betrekking heeft op het doel en de gevolgen van de maatregel<sup>129</sup>. Het Arbitragehof voert zijn toetsing

<sup>121</sup> Grondwetsherziening van 15 juli 1988; art. 1 Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, B.S. 7 januari 1989. Het Hof zelf bevestigde dit in o.m. Arbitragehof nr. 90/25, 5 juli 1990, B.S. 6 oktober 1990, *Rev. dr. étr.* 1991, 29, noot J. LAGASSE, R.C.J.B. 1991, 621, noot R. ERGEC. Deze artikelen hebben algemene draagwijdte: Arbitragehof nr. 31/92; 34/93; 62/93; 73/93 en 1/94. Een gelijktijdige toetsing aan het recht op onderwijs en de vrijheid van onderwijs van art. 24 G.W. is dus geen vereiste, zoals sommigen onterecht uit de formulering 'schending van de artikelen 10, 11 en 24' afleidden: zie bespreking J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 162-164.

<sup>122</sup> Arbitragehof nr. 23/89 van 13 oktober 1989, *J.T.* 1990, 2, noot D. LAGASSE, *T.B.P.* 1990, 454, noot J. VELAERS.

<sup>123</sup> Arbitragehof nr. 72/92 van 18 november 1992; F. MEERSSCHAUT, *l.c.*, 902. *Cf. infra* voor hun opsomming.

<sup>124</sup> Cass. 10 mei 1989, *J.T.* 1989, 330, concl. J.-M. PIRET, die zelfs stelt dat de interpretatie die het Hof voor de Mensenrechten verleent aan de verdragsbepaling, zich in die bepaling incorporeert (*cf. infra*, randnr. 73, de discussie omtrent het al dan niet bindende karakter van een extensieve interpretatie door het Hof voor de Mensenrechten); Arbitragehof nr. 18/90, 23 mei 1990, B.S. 27 juli 1990; Arbitragehof nr. 14/93 van 18 februari 1993, <http://www.arbitrage.be>; Arbitragehof nr. 62/93, 15 juli 1993, B.S. 5 augustus 1993, *J.T.* 1993, 820, noot B. RENAULD, *Jaarboek Mensenrechten* 1993-1994, 359, noot; Arbitragehof nr. 22/94, 8 maart 1994, B.S. 25 maart 1994, *Rev. b. dr. const.* 1994, 335, noot B. RENAULD; Arbitragehof nr. 37/94, 10 mei 1994, B.S. 27 mei 1994; Arbitragehof nr. 51/94, 29 juni 1994, *T. Vreemd.* 1994, 253, noot D. VANHEULE, *Soc. Kron.* 1995, 53, noot, *J.T.T.* 1994, 469, noot P. GOSSERIES, *Dr.Q.M.* 1995, afl. 7, 33, noot F. RIGAUX, *Jaarboek Mensenrechten* 1994-1995, 279, noot; Arbitragehof nr. 51/95, 22 juni 1995 (prej. vr.), B.S. 10 augustus 1995, *R.W.* 1995-96, 391, noot P. SUETENS, *J.T.* 1995, 764, noot D. LAGASSE; Arbitragehof nr. 66/95, 28 september 1995 (prej. vr.), B.S. 7 oktober 1995; zie ook: Arbitragehof nr. 4/96; 24/96; 45/96 en 47/96.

<sup>125</sup> Arbitragehof nr. 45/96.

<sup>126</sup> Arbitragehof nr. 45/96.

<sup>127</sup> Arbitragehof nr. 14/93 en Arbitragehof nr. 22/94, 8 maart 1994, B.S. 25 maart 1994, *Rev. b. dr. const.* 1994, 335, noot B. RENAULD; Arbitragehof nr. 37/94, 10 mei 1994, B.S. 27 mei 1994.

<sup>128</sup> Arbitragehof nr. 22/94.

<sup>129</sup> Hof Mensenrechten, arrest inzake de Belgische taalregeling, 23 juli 1968, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 6, § 7; Arbitragehof nr. 43/93, 10 juni 1993 (prej. vr.), B.S. 3 juli 1993; Cass. 20

uit in vijf opeenvolgende stappen.

Ook het recht van personen om in een niet-vergelijkbare situatie verschillend te worden behandeld, kan door het Arbitragehof worden getoetst. Deze toets gebeurt a.h.v. dezelfde stappen. De onderzoeksvraag is in dat geval of een gelijke behandeling van ongelijke objectief en redelijk verantwoord is.

## E.2.A. DE TOETS VAN DE VERGELIJKBAARHEID

**44.** Vooreerst vindt een toets van de vergelijkbaarheid<sup>130</sup> plaats. Deze werd ingesteld n.a.v. rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten<sup>131</sup>. Als het Arbitragehof beslist tot niet-vergelijkbaarheid is er immers geen aanleiding meer om een verantwoording te zoeken voor het aangekaarte verschil in behandeling<sup>132</sup> en kan niet van discriminatie worden gesproken<sup>133</sup>.

Hoe duidelijker de doelstelling van de onderzochte norm, hoe strenger de vergelijkbaarheidstoets gevoerd wordt. Het onderzoek richt zich voornamelijk naar de concrete afbakening van de rechtssituatie van de categorieën<sup>134</sup>.

Uit de praktijk van het Arbitragehof blijkt een strengere houding in het kader van een vernietigingsberoep dan in het kader van een prejudiciële vraag. Bij procedures van de laatste soort heeft het Hof zich bovendien reeds de bevoegdheid toegemeten om de categorieën zelf te (her)formuleren<sup>135</sup>. Dit laat toe dat de gelijkheidstoets op accuratere wijze gebeurt. Het Hof blijkt daarbij evenwel de grens tussen een herkwalificatie en een uitbreiding van de saisine niet steeds op eenzelfde wijze te trekken. We gaan hier later op in.

**45.** Onvermijdelijk rijst de vraag hoe en door wie op objectieve wijze kan worden bepaald welke beslissingscriteria bij de vergelijkbaarheidstoets moeten worden toegepast. Welke beginselen liggen ten grondslag aan het al dan niet aannemen

---

juni 1997, *R.W.* 1997-98, 851. De beginselen van gelijkheid en non-discriminatie verzetten zich er dan ook niet principieel tegen dat de wetgever terugkomt op zijn oorspronkelijke doelstellingen om er andere na te streven: Arbitragehof nr. 44/94, 1 juni 1994, *B.S.* 18 juni 1994, *F.J.F.* 1994, 288, *T.R.V.* 1994, 329, noot F. HELLEMANS en W. ROBBEN, *A.A.* 1994, 583.

<sup>130</sup> Arbitragehof nr. 3/91, 7 maart 1991, *F.J.F.* 1991, 107; Arbitragehof nr. 26/92, 2 april 1992, *B.S.* 3 juni 1992; Arbitragehof nr. 30/92; Arbitragehof nr. 31/92; Arbitragehof nr. 12/93, 18 februari 1993 (prej. vr.), *B.S.* 24 februari 1993; Arbitragehof nr. 57/93, 8 juli 1993, *B.S.* 28 augustus 1993; Arbitragehof nr. 69/93, 29 september 1993, *B.S.* 27 oktober 1993; Arbitragehof nr. 82/93, 1 december 1993, *B.S.* 16 december 1993; Arbitragehof nr. 50/94, 22 juni 1994, *B.S.* 7 juli 1994; Arbitragehof nr. 2/95, 12 januari 1995 (prej. vr.), *B.S.* 3 maart 1995.

<sup>131</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Sunday Times, 26 april 1979, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 30, § 70.

<sup>132</sup> Arbitragehof nr. 57/93, 8 juli 1993, *B.S.* 28 augustus 1993; Arbitragehof nr. 58/95 van 12 juli 1995.

<sup>133</sup> P. DE RIDDER, "De beperkte toetsing van het gelijkheidsbeginsel door het Arbitragehof", *R.W.* 1990-91, 483.

<sup>134</sup> F. MEERSSCHAUT, *I.c.*, 919.

<sup>135</sup> Bv. Arbitragehof nr. 21/97 van 17 april 1997 vs. 72/97 van 25 november 1997; F. MEERSSCHAUT, *I.c.*, 918.

van voldoende analogie: de juridische traditie, de maatschappelijke realiteit, morele waardeoordelen<sup>136</sup>? De vaststelling dat het Arbitragehof beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid bemoeilijkt een antwoord op deze vraag nog<sup>137</sup>. Bepaalde rechtspraak wekt bovendien de indruk dat het Hof soms moedwillig de vraag naar de aanvaardbaarheid van een ongelijke behandeling omzeilt door met een summier motivatie te besluiten tot de niet-vergelijkbaarheid van de situaties<sup>138</sup>.

Het Hof voor de Mensenrechten gaat een moeilijke toets vaak in tegengestelde zin uit de weg, m.n. door er licht over te gaan en de vraag uit te stellen tot het onderzoek naar de rechtvaardiging<sup>139</sup>.

**46.** Wordt besloten tot niet-vergelijkbaarheid, dan betekent dat nog niet dat de verhouding tussen beide situaties in een concreet geval evenwichtig is uitgetekend. Het is daarom aangewezen om de beweerde benadeelde situatie, zoals we reeds aangaven, te beoordelen in het licht van een andere beschermingsgrond, bv. die van art. 8 E.V.R.M. Deze bedenking komt in de loop van ons onderzoek terug, bij de vraag naar de aanvaardbaarheid van buitenlandse rechtsfiguren aan Belgische familie-instituten.

## E.2.B. DE LEGALITEITSTOETS

**47.** De legaliteitstoets betreft de vraag naar het wettig oogmerk van het gemaakte onderscheid. Hij is gefundeerd in o.m. art. 18 E.V.R.M.<sup>140</sup> Een wettig oogmerk is voorhanden als het gevolg dat uitdrukkelijk of impliciet door een wet wordt beoogd of erdoor wordt bevestigd<sup>141</sup>, aanvaardbaar is voor een democratische rechtsstaat en kadert binnen de beleidsvrijheid van de regelgever<sup>142</sup>. Noch een feitelijke discriminatie, noch een ongeoorloofd verschil in behandeling t.g.v. de individuele toepassing van een norm, bv. bij K.B., doorstaan de legitimiteitstoets<sup>143</sup>.

**48.** Een onderscheid dat is ingesteld door of voortvloeit uit de Grondwet kan dan

<sup>136</sup> K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992-93, 8.

<sup>137</sup> L.-P. SUETENS, "De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht", *R.W.* 1993-94, 1314.

<sup>138</sup> K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992-93, 9.

<sup>139</sup> In de zaak-Rasmussen (bijlage bij rapport Hof Mensenrechten, § 75) bv. stelde de voormalige E.C.R.M. dat beide echtgenoten zich, ondanks alle verschillen die er tussen hen zijn, in een vergelijkbare situatie bevonden. Zie ook Hof Mensenrechten, zaak-Kroon 18535/91, 27 oktober 1994, *Serie A*, nr. 297-C.

<sup>140</sup> "De beperkingen welke, volgens dit Verdrag, op bovengenoemde rechten en vrijheden zijn toegestaan, mogen slechts worden toegepast met het doel waarvoor daartoe de bevoegdheid is gegeven". Hierover: Arbitragehof nr. 84/93 van 7 december 1993; Arbitragehof nr. 5/94 van 20 januari 1994; Arbitragehof nr. 49/95 van 15 juni 1995; Arbitragehof nr. 54/97 van 18 juli 1997.

<sup>141</sup> Arbitragehof nr. 3/93 van 21 januari 1993.

<sup>142</sup> Die is hoe dan ook ruim geformuleerd: K. RIMANQUE, "Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?", in M.-CL. FOLETS en B. HUBEAU (eds), *Migratie- en migrantenrecht*, deel 1, Brugge, Die Keure, 1996, 271.

<sup>143</sup> Arbitragehof nr. 81/96 resp. Arbitragehof nr. 58/95.

weer onmogelijk discriminatoir worden bevonden, aangezien de toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof zich niet tot de grondwet zelf uitstrekt<sup>144</sup>. Ook een verschil in behandeling dat ontstaat doordat sommigen onder oude wetgeving of onder een overgangsbepaling vallen terwijl op anderen de nieuwe wet wordt toegepast, kan niet systematisch discriminatoir worden bevonden<sup>145</sup>. Aangezien evenwel een overgangsregeling op zich niet vereist is, en nieuwe regelgeving van de ene dag op de andere in werking mag treden<sup>146</sup>, kan een onduidelijke of onverwachte overgangsregeling niettemin onevenredig worden bevonden, met het oog op het rechtszekerheidsbeginsel. Het gewekte vertrouwen kan alsnog toelaten dat tot discriminatie wordt besloten<sup>147</sup>.

49. Het Arbitragehof steunt zich bij deze toetsing vaak op de parlementaire voorbereiding van de betrokken bepaling<sup>148</sup>. Vindt het gemaakte onderscheid zijn verantwoording niet in een wettelijke bepaling of is er een lacune in de wet<sup>149</sup>, dan zoekt de rechter legitimatie in de beginselen van de democratische rechtsstaat<sup>150</sup>. Naar het voorbeeld van het Hof voor de Mensenrechten kan hij zich daarbij laten leiden door doelstellingen zoals het handhaven van een klimaat van pluralisme, verdraagzaamheid en ruimdenkendheid<sup>151</sup>. Deze ruime interpretatie van het begrip 'wet' is ontstaan n.a.v. het Sunday Times-arrest van 26 april 1979, waarin het Hof voor de Mensenrechten heeft gesteld dat het onhoudbaar is om in een *common-law*stelsel te vereisen dat een afwijking zoals bepaald in art. 8, tweede lid E.V.R.M. bij formele wet zou gebeuren<sup>152</sup>. Deze rechtspraak wordt beschouwd te gelden voor alle Verdragsstaten, ook de westers-continentale *civil-law*stelsels.

Met het oog op o.m. de rechtszekerheid betreuren we deze verruimde interpretatie<sup>153</sup>. Wat de Belgische rechtsorde betreft, menen we alvast dat interne rechtspraak de bescherming van het gezinsleven strikter kan stellen, met een

<sup>144</sup> Arbitragehof nr. 59/97 m.bt. ontzetting en berechting van militairen.

<sup>145</sup> Arbitragehof nr. 69/93; Arbitragehof nr. 44/94; Arbitragehof nr. 86/95; Arbitragehof nr. 20/96; Arbitragehof nr. 30/96.

<sup>146</sup> Arbitragehof nr. 76/93; Arbitragehof nr. 40/95; Arbitragehof nr. 60/97.

<sup>147</sup> Arbitragehof nr. 28/96; Arbitragehof nr. 49/96. Bv. m.b.t. een reeds gerealiseerd voordeel, *in casu* rentevermindering voor een lening aangegaan door mijnwerkers.

<sup>148</sup> Arbitragehof nr. 8/93, 27 januari 1993, *B.S.* 23 februari 1993; Arbitragehof nr. 46/94, 16 juni 1994, *B.S.* 6 juli 1994; Arbitragehof nr. 84/95, 14 december 1995, *B.S.* 19 januari 1996; Arbitragehof nr. 3/96, 9 januari 1996, *B.S.* 17 februari 1996; Arbitragehof nr. 24/96, 27 maart 1996, *B.S.* 26 april 1996.

<sup>149</sup> Arbitragehof nr. 36/96.

<sup>150</sup> K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992-93, 10.

<sup>151</sup> Bv. Hof Mensenrechten, arrest-Handyside van 7 december 1976, *Publ. Cour. Eur. D.H.*, Serie A, nr. 24.

<sup>152</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Sunday Times van 26 april 1979, *Publ. Cour. Eur. D.H.*, Serie A, nr. 30, § 46-53; Hof Mensenrechten, arrest-Kruslin t. Frankrijk van 24 april 1990, *Publ. Cour. Eur. D.H.*, Serie A, nr. 176 A, § 29. Zie ook V.N.-Mensenrechtencomité: arrest-Pinkney t. Canada, nr. R.7/27, A/37/40, 17.

<sup>153</sup> Zie ook o.m. P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch recht*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 18; R. KOURING-JOULIN, "De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites)", *D.* 1990, chron., XXXII.

verwijzing naar art. 22 G.W.<sup>154</sup>, dat slechts een gerechtvaardigde inbreuk bij *formele wet* op het grondrecht toelaat<sup>155</sup>.

**50.** Niet alleen moet een bepaalde rechtsregel voldoende rechtsgrond hebben. Bovendien mag geen enkele hogere rechtsregel de maatregel verbieden<sup>156</sup>. Met Velaers leiden we hieruit af dat elke ongelijke behandeling die strijdig is met een grondwetsartikel of een hogere internationale rechtsnorm, tevens strijdig is met het gelijkheidsbeginsel. De ongelijke behandeling is immers rechtens niet toelaatbaar<sup>157</sup>.

Deze vaststelling zou de deur kunnen openzetten voor een ruim contentieux, ware het niet dat er nog steeds ruime betwisting bestaat over de precieze invulling die aan de genoemde hogere rechtsnormen inzake familielevens kan worden gegeven en over hun rechtstreekse werking in de interne rechtsorde<sup>158</sup>. Voor zover directe werking wordt aangenomen, impliceert deze piste evenwel dat steeds tot een schending van het gelijkheidsbeginsel kan worden besloten. Een schending van art. 8 E.V.R.M. vormt bijgevolg tevens een schending van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel.

Mocht deze stelling algemeen aangenomen worden, dan zou een veroordeling door het Hof voor de Mensenrechten impliceren dat op de veroordeelde Staat steeds een positieve verplichting rust om de benadeelde situatie gelijk te behandelen als de situatie waarmee ze vergeleken is. Een wetgevende tussenkomst zou minder prangend worden.

Dergelijke gevolgtrekking moet evenwel de steun genieten van de betrokken

<sup>154</sup> Ingevoegd in 1994 n.a.v. de verklaring tot herziening van de Grondwet van 18 oktober 1991 die toeliet in titel II nieuwe bepalingen op te nemen die de bescherming verzekeren van de rechten en vrijheden, gewaarborgd door het E.V.R.M. De grootste vernieuwing die de opname van het recht in de grondwet echter teweeg bracht is dat de burger nu over een rechtstreeks subjectief recht op bescherming van het privé- en gezinsleven beschikt, zowel wat de negatieve als de positieve verplichting van de overheid betreft: E. BREMS, "De nieuwe grondrechten in de Belgische Grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese recht", *T.B.P.* 1995, II, 627, verwijst daartoe naar de parlementaire voorbereiding: Verslag, *Parl. St. Senaat*, B.Z. 1991-92, 100-4/5, 6; A. ALLEN, J. CLEMENT, W. PAS, P. PEETERS en J. VAN NIEUWENHOVE, "Het federale België in de gecoördineerde grondwet van 17 februari 1994", *R.W.* 1993-94, 1345-1346.

<sup>155</sup> Anderzijds onderwerpt het grondwettelijk beginsel wettelijke afwijkingen in tegenstelling tot art. 8 E.V.R.M. niet aan de voorwaarde van noodzakelijkheid ervan in een democratische samenleving. Aangezien art. 8 E.V.R.M. als supranationale rechtsnorm evenwel voorrang heeft op het interne recht, ook op de grondwet, blijft de noodzakelijkheidstoets evenwel bestaan, ook naar Belgisch recht. Dezelfde conclusie volgt uit een toepassing van art. 60 E.V.R.M., dat stelt dat de regel die de ruimste bescherming biedt aan de mensenrechten, primeert: E. BREMS, *l.c.*, 625-626.

<sup>156</sup> Zie reeds Cass. 14 januari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 565; Cass. 10 oktober 1977, *Arr. Cass.* 1978, 183; Cass. 18 september 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 103.

<sup>157</sup> J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 184.

<sup>158</sup> Denken we bv. aan de bepalingen van het I.V.R.K.: hierover: E. CLAES en A. VANDAELE, "L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme", te verschijnen in *R.B.D.I.*

Lidstaat. Het is weinig waarschijnlijk dat een Verdragsstaat bij het E.V.R.M. in dermate verregaande zin bereid zal zijn om afstand te doen van zijn soevereiniteit. Het Hof kan de Staten er op geen enkele wijze toe verplichten.

**51.** Het lijkt er bovendien op dat hoe meer de nationale regelgeving afwijkt van de geschonden bepaling en hoe meer nood er is aan conforme nieuwe regelgeving, hoe meer beleidsvrijheid aan de nationale wetgever wordt gelaten. In rechtevenredige verhouding daarmee staat volgens bepaalde auteurs de onwil in hoofde van de wetgever en de rechter om tussen te komen<sup>159</sup>. Anderzijds zal het Arbitragehof de directe werking van de internationale norm wél gemakkelijk erkennen als de norm reeds nauw aansluit bij de bestaande regelgeving<sup>160</sup>.

Dergelijke sturing van de rechtspraak door de mate waarin onze rechtsorde vertrouwd is met de voorliggende bepaling is misschien wel begrijpelijk, maar niet gerechtvaardigd. De vraag of de verdragsbepaling voldoende duidelijk en nauwkeurig is, moet louter en alleen beoordeeld worden op grond van de bewoordingen van het verdrag zelf. Eigen vertrouwdheid met de bewoordingen is irrelevant, en kan evenmin een onduidelijke bepaling *hineininterpretieren*.

**52.** De genoemde praktijk om in gevoelige materies de invloed van internationale rechtsregels te beperken, verklaart mogelijk mede waarom nog slechts zelden tot afwezigheid van een legitiem doel is besloten<sup>161</sup>.

## **E.2.c. HET ALGEMEEN, OBJECTIEF EN ONPERSOONLIJK KARAKTER VAN HET ONDERSCHIED**

**53.** Het onderscheid dient bovendien algemeen en objectief<sup>162</sup> te zijn. Het moet m.a.w. onafhankelijk zijn van enige persoonlijke appreciatie<sup>163</sup>, berusten op

<sup>159</sup> E. CLAES en A. VANDAELE, "L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme", te verschijnen in *R.B.D.I.* Zie bv. de late reactie van de Belgische wetgever op het arrest-Marckx.

<sup>160</sup> Zie verwijzing E. CLAES en A. VANDAELE, *l.c.*, naar Arbitragehof nr. 36/96 van 14 juli 1994 m.b.t. art. 319 § 3 B.W.: art. 3 § 1, art. 7 § 1 en art. 12 I.V.R.K. stellen het belang van het kind in de materie centraal. Niet de voorwaarden t.a.v. de kandidaat-erkenner zijn discrimineren, wel het feit dat er geen gelijkaardige regeling langs moederszijde bestaat. Om tot dat oordeel te komen, heeft het Hof het I.V.R.K. aangehaald. Het Arbitragehof heeft zich niet expliciet uitgesproken over de directe werking van de artikelen – het was niet gevat m.b.t. deze bepalingen en kan trouwens de bepalingen als dusdanig niet toetsen, maar slechts direct toepassen in samenhang met art. 10, 11 of 24 G.W. – maar impliciet kan de directe werking uit het arrest worden afgeleid: zie hierover A. VANDAELE, "De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind: een stand van zaken", *Kinderrechtengids* deel 1 – 1.1 VANDAELE (1998), 16.

Binnen de 'toegankelijke' verdragsbepalingen onderling treedt evenwel nog diversiteit op. Zo wordt aan het gelijkheidsbeginsel van het IVBPR wel rechtstreekse werking in de interne rechtsorde toegekend, maar niet aan art. 10 ECOSOC-Verdrag, art. 1,2 en 11 Vrouwenverdrag: R.v.St. nr. 45.552, 30 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, 244, noot J. JACQMAIN.

<sup>161</sup> R.v.St. nr. 28.435, 2 september 1987; Hof Mensenrechten, arrest-Darby, 23 oktober 1990, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 187.

<sup>162</sup> Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, B.S. 6 oktober 1990.

<sup>163</sup> J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 187; D. VAN HEUVEN, "Enkele beschouwingen over het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1990-91,



concrete elementen<sup>164</sup>, en algemeen zijn, d.i. potentieel toepasbaar op een onbeperkt aantal rechtssubjecten, ongeacht of de reële toepassing zich al dan niet tot één enkele persoon beperkt<sup>165</sup>.

Deze voorwaarde vloeit logischerwijze voort uit de vereiste van gelijke behandeling van gelijken. Het objectieve karakter van het onderscheid dient onbetwist en duidelijk te blijken uit de feitelijk ongelijke situatie van de ongelijk behandelde categorieën.

**54.** De nationaliteit werd in rechtspraak van het Arbitragehof reeds in een aantal gevallen aangenomen als een objectief criterium van onderscheid<sup>166</sup>. Ongelijke behandeling kan immers corrigerend werken in situaties waar een verschillende nationaliteit daadwerkelijk een verschil maakt, bv. voor de beoordeling van de band die men heeft met de rechtsorde van de Verblijfsstaat<sup>167</sup>. Onderscheid naar nationaliteit, geslacht en persoonlijke overtuiging vormen nooit een voldoende grondslag om tot discriminatie te besluiten. Steeds dienen tevens een evenredigheids- en een pertinentietoets plaats te vinden<sup>168</sup>. Een ongelijke behandeling kan worden gerechtvaardigd.

Het meest absolute verbod van discriminatie op grond van nationaliteit zit vervat in art. 6 EU-verdrag. Ook deze bepaling verwijst evenwel naar een mogelijke uitzondering binnen de grenzen van art. 48.4 EU-Verdrag. Haar gelding beperkt zich bovendien tot de werkingssfeer van het Verdrag.

**55.** Vooralsnog werd zelden tot discriminatie besloten in deze fase van de gelijkheidstoets<sup>169</sup>.

## E.2.D. EEN ADEQUAAT ONDERSCHIED

**56.** Het adequaat (of pertinent<sup>170</sup>, relevant<sup>171</sup>, efficiënt, redelijk) karakter van de ongelijke behandeling dient vervolgens te worden getoetst aan de aard, het doel en de gevolgen van de regeling<sup>172</sup>. De ongelijke behandeling moet een *middel*

---

588.

<sup>164</sup> Arbitragehof nr. 1/93 van 7 januari 1993.

<sup>165</sup> Bevestigd door R.v.St. nr. 181, 9 december 1949, *Arr. R.v.St.* 1949; Cass. 6 februari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 757; R.v.St. nr. 31.153, 21 oktober 1988, *A.P.M.* 1988, 140.

<sup>166</sup> Arbitragehof nr. 4/96, 9 januari 1996, *B.S.* 27 februari 1996. Voordien reeds deed de Raad van State dit m.b.t. gemeentelijk stemrecht: o.m. Adv. R.v.St. 16 april 1986, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 262/2.

<sup>167</sup> F. MEERSSCHAUT, *I.c.*, 935. Bv. ongelijke behandeling op grond van nationaliteit of op grond van verblijfsstatuut: cf. *infra*, deel 2B (tweede toegangspoort).

<sup>168</sup> F. MEERSSCHAUT, *I.c.*, 936-937.

<sup>169</sup> F. MEERSSCHAUT, *I.c.*, 934.

<sup>170</sup> Arbitragehof nr. 8/93 van 27 januari 1993.

<sup>171</sup> Arbitragehof nr. 64/92 van 15 oktober 1992.

<sup>172</sup> Inzake personen- en familierecht besloot het Arbitragehof reeds tot schending van het gelijkheidsbeginsel omwille van onvoldoende adequaat karakter van het onderscheid in o.m. Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990, *B.S.* 17 januari 1991; Arbitragehof nr. 2/94; Arbitragehof nr. 3/97.

zijn. Van dat middel wordt de doelmatigheid onderzocht<sup>173</sup>. Gezien de nauwe band van deze toets met een opportuniteitsoordeel, waarvoor het Arbitragehof niet bevoegd is, dient het Hof zich enerzijds te stellen op het standpunt van de wetgever bij de uitvaardiging van de regel en dient het anderzijds zijn toetsing marginaal te houden.

## E.2.E. EEN PROPORTIONEEL ONDERSCHIED

57. Is het onderscheid adequaat bevonden, dan wordt tenslotte de proportionaliteit (evenredigheid) van de maatregel beoordeeld<sup>174</sup>. De opgelegde beperkingen mogen niet verder reiken dan wat noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken<sup>175</sup>. De notie 'noodzakelijkheid' blijkt in de praktijk evenwel op drievoudige wijze genuanceerd te moeten worden.

Vooreerst is de toets in de praktijk herleid tot een toets van de 'kennelijke onredelijkheid'. Naarmate het beweerd doel van de ongelijke behandeling belangrijker is, laat het Hof meer ruimte voor differentiatie. Het steunt zich daartoe op de vaststelling dat de grens tussen een juridische beoordeling van proportionaliteit en beleidskritiek vaag is<sup>176</sup>. Het bepalen van

<sup>173</sup> J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 181.

<sup>174</sup> Arbitragehof nr. 59/93, 15 juli 1993 (prej. vr.), B.S. 16 september 1993; Arbitragehof nr. 63/93, 15 juli 1993 (prej. vr.), B.S. 2 september 1993: het objectief criterium dat in verband staat met het nagestreefde doel moet er tevens op getoetst worden geen onevenredig zware lasten op te leggen; zie ook R.v.St. nr. 39.407, 18 mei 1992, Arr. R.v.St. 1992; R.v.St. nr. 39.203, 9 april 1992, B.S. 8 september 1992; Cass. 20 juni 1997, R.W. 1997-98, 851; Cass. 12 januari 1998, F.J.F. 1998, 153. Zie ook de toepassing van het beginsel door nationale hoven, in toepassing van de Human Rights Act: R. CLAYTON, "Regaining a Sense of Proportion: the Human Rights Act and the Proportionality Principle", *European Human rights law review* 2001, 513: de Canadese Supreme Court laat toe dat een maatregel wordt gerechtvaardigd door een doelstelling van 'sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom', en anderzijds 'reasonable and demonstrably justified means'. De middelen moeten geschikt zijn voor het beoogde doel (niet arbitrair, unfair of irrationeel zijn), zo weinig mogelijk inbreuk op grondrechten maken, en er moet evenwicht bestaan tussen de effecten van een grondrechtenbeperkend middel en de doelstelling van 'sufficient importance'.

<sup>175</sup> Arbitragehof nr. 4/92, 23 januari 1992, B.S. 11 maart 1992; Arbitragehof nr. 74/92, 18 november 1992, B.S. 9 december 1992; Arbitragehof nr. 1/94, 13 januari 1994, B.S. 1 februari 1994; Arbitragehof nr. 9/96, 8 februari 1996, B.S. 20 februari 1996; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 181.

<sup>176</sup> P.-J. DEFOORT, *l.c.*, 629; K. RIMANQUE, "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", R.W. 1992-93, 13; L.-P. SUETENS, "De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht", R.W. 1993-94, 1314; J. THEUNIS (1997), 140. Zie ook S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant/Publications de facultés universitaires Saint-Louis, 2001, 786 p., nrs 63-70, 126-130, nr. 189-211, sp. p. 14-15: het beginsel schept slechts een illusie van universaliteit en objectiviteit. Er gaan minstens vier subjectieve momenten gepaard met de beoordeling, m.n. bij de selectie van belangen die worden afgewogen tegen elkaar, bij het bepalen van het gewicht van de tegengestelde belangen, bij het bepalen van de concrete invulling van elk belang en bij de vergelijking van de verschillende waarden. W. Van Gerven heeft na vele jaren van navolging van het beginsel, geconcludeerd dat het een te vage notie is om de titel van algemeen rechtbeginsel te krijgen: W. VAN GERVEN, "The effect of proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental

beleidsdoelstellingen in functie van de noden van de samenleving is in essentie een politieke activiteit. Om een toetsing van legaliteit niet te verwarren met een opportuniteitstoets beperkt het Arbitragehof zich daarom tot een marginale toetsing<sup>177</sup>. Dit uit zich voornamelijk in het hanteren van het 'kennelijk onredelijk'-criterium<sup>178</sup>: blijkt de maatregel niet kennelijk onredelijk te zijn, dan kan de overheid haar uitvoeren, ongeacht of er alternatieve middelen bestaan om het doel te bereiken. Een opportuniteitsoordeel komt de constitutionele rechter immers niet toe<sup>179</sup>. De redelijkheid van een kwantitatief onderscheid valt daardoor moeilijk te betwisten. De overheid beschikt steeds over een zekere keuze van middelen<sup>180</sup>. Het Hof kan zijn eigen beoordeling slechts in de plaats stellen als de wetgever de keuze van het differentiatiecriterium *kennelijk* verkeerd of onredelijk beoordeeld heeft<sup>181</sup>.

**58.** Is een grondrecht of een algemeen rechtsbeginsel in het geding, dan wordt niet enkel de proportionaliteit van de *maatregel* onderzocht, maar tevens de onderlinge verhouding van de *belangen* die aan het onderscheid ten grondslag liggen<sup>182</sup>. Het moet gaan om een algemeen, hoger openbaar belang, dat daarenboven niet gehandhaafd mag worden ten koste van de "grondbeginselen van de Belgische rechtsorde"<sup>183</sup>. Het algemeen belang wordt uitdrukkelijk afgewogen tegen de vrijwaring van het individuele grondrecht<sup>184</sup>.

Deze strengere toets wordt evenwel, naast de afzwakking van de noodzakelijkheidstoets tot een evenwichtstoets, in de praktijk een tweede maal genuanceerd: het Arbitragehof kent over het algemeen een overwicht toe aan het algemeen belang, waardoor het non-discriminatiebeginsel, dat zich situeert op het niveau van het individueel belang, op de achtergrond wordt gedrongen<sup>185</sup>. Bepaalde auteurs prijzen deze toepassing van het gelijkheidsbeginsel in haar

---

Europe", in E. ELLIS (ed.), *The principle of Proportionality in the laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 60-62.

<sup>177</sup> Arbitragehof nr. 25/92 van 2 april 1992; Arbitragehof nr. 26/92 van 2 april 1992; Arbitragehof nr. 27/92 van 2 april 1992; Arbitragehof nr. 30/92 van 2 april 1992; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 179.

<sup>178</sup> Zoals reeds in haar eerste arrest verwoord als 'redelijkerwijze evenredig met het door de wetgever beoogde doel': Arbitragehof nr. 23/89 van 13 oktober 1989, <http://www.arbitrage.be>.

<sup>179</sup> Wat het Hof reeds bevestigde in arrest nr. 23/89 van 13 oktober 1989, *aangeh.*

<sup>180</sup> F. MEERSSCHAUT, *l.c.*, 954-957.

<sup>181</sup> Arbitragehof nr. 9/93; Arbitragehof nr. 3/95; Arbitragehof nr. 4/95; Arbitragehof nr. 5/95; Arbitragehof nr. 6/95; Arbitragehof nr. 41/95; Arbitragehof nr. 70/95.

<sup>182</sup> O.m. Arbitragehof nr. 74/92; Arbitragehof nr. 62/93; Arbitragehof nr. 43/97; Arbitragehof nr. 58/97; J. DELVA, "Staatsrechtelijk profiel van het Belgisch Arbitragehof", *T.B.P.* 1991, 85; F. MEERSSCHAUT, *l.c.*, 950.

<sup>183</sup> Arbitragehof nr. 18/90, 23 mei 1990, *B.S.* 27 juli 1990; zie ook: R.v.St. nr. 7440, 31 maart 1960; R.v.St. nr. 8589, 18 mei 1961; R.v.St. nr. 19.035, 31 mei 1978, *Pas.* 1980, IV, 139.

<sup>184</sup> Arbitragehof nr. 74/92, 18 november 1992, *B.S.* 9 december 1992, zoals ook door het E.H.R.M. nog steeds als criterium gehanteerd, bv. Hof Mensenrechten, arrest-Velosa Barreto van 21 november 1995, *Publ. Cour eur. D.H.* 1996, Serie A, nr. 334.

<sup>185</sup> C. FORDER, "The anti-discrimination principle as an instrument of change in family law", *N.I.L.R.* (Ndl.) 1998, 43, die de zaak Rasmussen als voorbeeld aanhaalt (28 november 1984, Serie A, nr. 87, § 41).

zwakke betekenis<sup>186</sup>, aangezien het daarmee door de verschillende bevoegde rechterlijke instanties op eenzelfde eenduidige manier wordt toegepast en zo de rechtszekerheid bevordert<sup>187</sup>.

**59.** De genoemde afzwakking is o.i. evenwel niet geoorloofd bij een toetsing aan art. 14 E.V.R.M., aangezien art. 14 één van de weinige bepalingen is waar het algemeen belang niet als beperkingsgrond is aangegeven. Zodra een situatie raakt aan het familieleven en de bescherming geniet van art. 8 E.V.R.M., is een inperking van dat grondrecht slechts rechtvaardigbaar indien ze op eenieder van toepassing is. Een inperking kan m.a.w. wel gerechtvaardigd worden, verschillen in behandeling wat betreft de mate van inperking evenwel niet. In dat opzicht is het discriminatieverbod van het E.V.R.M. sterker dan dat van art. 10 G.W.

**60.** Anderzijds blijkt dat het Hof voor de Mensenrechten niet vereist dat een duidelijk en overtuigend algemeen belang wordt geformuleerd. Is de sociale functie van de betwiste regel onduidelijk, dan wordt onderzocht of er omtrent de voorliggende materie al dan niet een standpunt bestaat dat gemeenschappelijk is aan alle lidstaten. Ontbreekt dergelijk gemeenschappelijk standpunt, dan weigert het Hof – zoals we reeds aangaven – vaak tot een veroordeling over te gaan, op grond van de ruime appreciatiebevoegdheid van de Verdragsstaten in de materie<sup>188</sup>. Op die manier haalt het door de overheid gedefinieerde algemeen belang vanzelfsprekend de bovenhand.

De oorspronkelijke doelstelling om 'dwingende sociale behoeften' te realiseren met het middel dat de minst grote inbreuk op het bedreigde grondrecht vormt, wordt op die manier verlaten. Het belang om met behulp van het proportionaliteitsbeginsel een genuanceerde waarden- en belangenafweging door te voeren, is nochtans niet gering. Een goed uitgebalanceerde toets is immers een uiterst geschikt middel om de actualiteitswaarde van het abstracte gelijkheidsbeginsel te blijven bevestigen. Enkel een systematische afweging van de maatschappelijke houding die wordt aangenomen ten aanzien van tegenstrijdige belangen biedt de nodige waarborgen dat de rechter het tijdsgebonden en bijgevolg evolutieve karakter van het gelijkheidsbeginsel mee in rekening neemt. Een constante rechtspraak beogen, is o.i. in tegenspraak met het evolutieve karakter van het begrip 'gelijkheid'.

<sup>186</sup> Tegenover de sterke betekenis die enkel een rechtvaardiging aanvaardt vanuit de situatie van degene die de ongelijke behandeling ondergaat.

<sup>187</sup> J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 171.

<sup>188</sup> P. LAMBERT, "Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. Trim. D.H.* 1998, 504. H. MOCK, "Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 CEDH) à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle", *R.U.D.H.* 1998, 245: De gestrengheid van de controle staat in functie van de mate waarin het voorliggende rechtsdomein het voorwerp vormt van een min of meer ruime consensus binnen de Verdragstaten, van de mate waarin de handelende overheid zijn beslissing redelijk heeft afgewogen en van het belang van de waarden die in het geding zijn; zie ook V. COUSSIRAT-COUSTERE, "Article 8 § 2", in *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Parijs, Economica, 1995, 341-342.

Ook de notie 'algemeen belang' is naar invulling evolutief. Voor zover eenvormigheid op lange termijn een doelstelling *kan* zijn, wordt die o.i. het best bereikt door via hogere rechtspraak duidelijk de krijtlijnen uit te tekenen van de wijze waarop belangen tegen elkaar worden afgewogen. Vage verwijzingen naar de ruime beoordelingsmarge van de Verdragsstaten bij gebrek aan een gemeenschappelijke Europese noemer, of naar hoge economische belangen zonder af te lijnen op welke gronden en binnen welke grenzen die primeren, dienen de rechtszekerheid niet, integendeel<sup>189</sup>. De regel dat de rechter zich niet in de plaats van de wetgever kan stellen, impliceert niet dat de marginale toetsing volledig moet worden gemarginaliseerd<sup>190</sup>. Dat laatste is o.m. gebeurd n.a.v. de Arbitragehofuitspraak over de weigering van maatschappelijke dienstverlening aan de kandidaat-geregulariseerden onder de wet van 22 december 1999<sup>191</sup>. Op deze rechtspraak gaan we verder, bij de bespreking van het internrechtelijke gezinsconcept, nader in.

### E.3. VERFIJNINGEN VAN DE GELIJKHEIDSTOETS

**61.** Een evenwichtige proportionaliteitstoets leidt tevens tot een verfijning van de gelijkheidstoets, aangezien naast het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel ook "de aard van de in het geding zijnde of van de ter zake geldende beginselen in de afweging betrokken worden"<sup>192</sup>. Zo wordt een ongelijke behandeling niet louter getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, maar tevens – door de verwijzing naar het algemeen belang – aan andere grondwettelijke beginselen of algemene rechtsbeginselen<sup>193</sup>. Deze toetsing is mogelijk in toepassing van art.11 G.W., dat het genot van de rechten en vrijheden zonder discriminatie

<sup>189</sup> O.m. J. SCHOKKENBROEK, "The Basis, nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *HRLJ* 1998, 30.

<sup>190</sup> In gelijkaardige zin: o.m. I. DE HONDT, "Verdragsrechtelijk Europees Familierecht", in NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING, M.V. ANTOKOLSKAIA, W.A. DE HONDT en G.J.W. STEENHOFF, *Een zoektocht naar Europees familierecht. Pre-advies*, Deventer, Kluwer, 1999, 114; R.A. LAWSON, *Het E.V.R.M. en de Europese Gemeenschappen*, Europese Monografieën 61, Kluwer, Deventer, 1999, 51.

<sup>191</sup> Arbitragehof nr. 131/2001 van 30 oktober 2001, <http://www.arbitrage.be>, m.b.t. de schending van het gelijkheidsbeginsel door art. 57 § 2 O.C.M.W.-wet in samenlezing met art. 14 Wet van 22 december 1999 betreffende de regularisatie van het verblijf van bepaalde categorieën van vreemdelingen verblijvend op het grondgebied van het Rijk. Hierover: S. D'HONDT en S. BOUCKAERT, "Enkele kanttekeningen bij het gedoogbeleid ten aanzien van kandidaat-geregulariseerden. Over de noodzaak van een voorafgaande regularisatie van ons sociaal recht", *Algemeen Juridisch Tijdschrift* 2000, 949-968; S. BOUCKAERT en S. D'HONDT, "The growing impact of human rights standards on the socio-economic status of undocumented migrants in Belgium: a few illustrations", in P. VAN DER AUWERAERT, T. DE PELSMAEKER, J. SARKIN en J. VANDE LANOTTE (eds.), *Social, Economic and Cultural Rights. An appraisal of current European and international developments*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2002, 289-311.

<sup>192</sup> J. THEUNIS (1997), 141.

<sup>193</sup> Een algemeen rechtsbeginsel wordt gekenmerkt door 'homogénéité fonctionnel' en 'omniprésence'. Ook de inhoud van het beginsel moet evenwel op homogeniteit getoetst worden. De 'omniprésence' is er maar gekomen omdat men de gelijkheids- en andere toetsen evolutief met de tijd wilde maken: X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, PUAM, Economica, 148.

beoogt te verzekeren<sup>194</sup>.

**62.** Rechtsbepalingen werden voorsnog reeds getoetst aan de grondwettelijke vrijheid van vereniging<sup>195</sup>, de vrije keuze van beroepsarbeid<sup>196</sup>, de algemene beginselen van het strafrecht<sup>197</sup>, het rechtszekerheidsbeginsel<sup>198</sup>, de procedurele waarborgen<sup>199</sup>, de bewegingsvrijheid<sup>200</sup>, het recht van verdediging<sup>201</sup>, het algemeen rechtsbeginsel dat rechterlijke beslissingen enkel ingevolge de aanwending van rechtsmiddelen kunnen worden gewijzigd<sup>202</sup>, het beginsel van het tegensprekelijk karakter van de debatten<sup>203</sup>, en meer algemeen de grond- of basisbeginselen van de Belgische rechtsorde<sup>204</sup>.

In dezelfde zin werd de toetsing aan verdragsbepalingen met rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde sinds 1995 uitgebreid in die zin dat niet langer enkel de verdragsrechtelijke gelijkheidsbeginselen en niet-discriminatiebepalingen aan de basis van toetsing liggen<sup>205</sup>, maar dat het

<sup>194</sup> L.-P. SUETENS, "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", o.c., 109.

<sup>195</sup> Arbitragehof nr. 23/89, 13 oktober 1989, B.S. 8 november 1989; Arbitragehof nr. 62/93, 15 juli 1993, B.S. 5 augustus 1993.

<sup>196</sup> Arbitragehof nr. 81/95, 14 december 1995, B.S. 3 januari 1996; Arbitragehof nr. 34/96, 15 mei 1996, B.S. 12 juni 1996.

<sup>197</sup> Arbitragehof nr. 72/92, 1 november 1992, B.S. 16 januari 1993.

<sup>198</sup> Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, B.S. 6 oktober 1990; Arbitragehof nr. 36/90, 22 november 1990, B.S. 28 december 1990; Arbitragehof nr. 10/93, 11 februari 1993, B.S. 9 maart 1993; Arbitragehof nr. 59/93, 15 juli 1993, B.S. 16 september 1993; Arbitragehof nr. 83/93, 22 december 1993, B.S. 2 maart 1994 (m.b.t. de niet-retro-activiteit van de nieuwe afstammingswet tot vóór 1979); Arbitragehof nr. 30/95; Arbitragehof nr. 31/95; Arbitragehof nr. 45/95; Arbitragehof nr. 28/96, 30 april 1996, B.S. 4 mei 1996.

<sup>199</sup> Arbitragehof nr. 28/93, 1 april 1993, B.S. 7 mei 1993.

<sup>200</sup> Arbitragehof nr. 63/93, 15 juli 1993, B.S. 2 september 1993; Arbitragehof nr. 61/94, 14 juli 1994, B.S. 9 augustus 1994.

<sup>201</sup> Arbitragehof nr. 27/94, 22 maart 1994, B.S. 31 maart 1994; Arbitragehof nr. 19/95; Arbitragehof nr. 26/96; Arbitragehof nr. 60/96.

<sup>202</sup> Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, B.S. 6 oktober 1990; Arbitragehof nr. 36/92, 22 november 1990, B.S. 28 december 1990.

<sup>203</sup> Arbitragehof nr. 60/96, 7 november 1996, B.S. 18 januari 1997.

<sup>204</sup> Arbitragehof nr. 18/90, 23 mei 1990, B.S. 27 juli 1990; Arbitragehof nr. 67/92, 12 november 1992, B.S. 22 december 1992. Via de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel kan het Arbitragehof de wetten, decreten en ordonnances ook toetsen aan andere grondwettelijke bepalingen dan enkel die van art. 10, 11 en 24 G.W.: J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 182.

<sup>205</sup> Ook deze toetsing aan andere dan de eigen grondwettelijke beginselen, ook wanneer het bepalingen met gelijke doelstellingen betreft, was niet van meet af aan een evidentie en werd tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet op het Arbitragehof afgewezen (zie stelling ter zake van de premier: *Parl. St. Senaat* 1988-89, nr. 483/2, 7-8 en de vice-premier: *Parl. St. Senaat* B.Z. 1988, 14 juni 1988, 511). Dit werd door bepaalde parlementsleden (*Parl. St. Senaat* 1988-89, nr. 483/2, 20) en auteurs afgekeurd en bovendien afgedaan als zinloos: o.m. K. RIMANQUE, "Het vraagstuk van de rechterlijke toetsing van wetten en decreten aan de grondwet: kritische bedenkingen bij een heilsverwachting", *Jura Falc.* 1986-87, 566; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 249 en 387. Beide auteurs kaartten de absurditeit aan van een verplichte prejudiciële vraag aangaande verenigbaarheid met art. 10 en 11 G.W., wanneer supranationaalrechtelijke gelijkheidsbeginselen aanleiding kunnen geven tot buitentoepassingverklaring van ermee strijdige regelgeving. Het effect ervan, nl. de uitholling van

Arbitragehof tevens de verenigbaarheid van het interne recht met de andere verdragsbepalingen, zoals bv. het verbod van foltering of onmenselijke behandeling<sup>206</sup>, nagaat<sup>207</sup>.

**63.** Deze dubbele uitbreiding van de toetsingsbevoegdheid doet bepaalde auteurs ertoe besluiten dat het Arbitragehof - na zichzelf voorheen reeds tot "grondwettelijk Hof met beperkte bevoegdheid" te hebben uitgeroepen<sup>208</sup> - een volwaardig grondwettelijk Hof geworden is<sup>209</sup>. Het enige voorbehoud dat ze op deze titel formuleren, is dat de schendingen van bovengenoemde bepalingen slechts worden onderzocht in zoverre ze worden aangekaart in combinatie met het gelijkheidsbeginsel of niet-discriminatiebeginsel<sup>210</sup>.

**64.** Ondanks de verfijning van de criteria is er nog steeds geen volledige transparantie van de precieze invulling die aan de toets zal worden gegeven in een concreet geval. Wanneer zijn situaties voldoende vergelijkbaar? Kadert de behandeling al dan niet binnen een ruime beleidsvrijheid van de regelgever? Wie kan in de grond beslissen over het al dan niet redelijk en objectief karakter van de ongelijke behandeling? Wanneer wordt de proportionaliteit overschreden? "De beginselen van gelijkheid voor de wet en niet-discriminatie hebben zich in rechte

---

de bevoegdheid van het Arbitragehof doordat de rechter zich zou beperken tot een eigen toetsing aan de supranationaalrechtelijke gelijkheidsbeginselen, zou bovendien strijdig zijn met art. 142 G.W. Daarom werd voorgesteld om de toetsingsbevoegdheid van het Arbitragehof uit te breiden tot supranationale gelijkheidsbeginselen.

<sup>206</sup> Art. 3 E.V.R.M.; art. 7 I.V.B.P.R.

<sup>207</sup> Arbitragehof nr. 39/91, 19 december 1991, *B.S.* 24 januari 1992; Arbitragehof nr. 51/94, 29 juni 1994, *B.S.* 14 juli 1994. Hiermee wordt teruggekomen op zijn vroegere afwijzing van bevoegdheid ter zake: Arbitragehof nr. 26/90, 14 juli 1990, *B.S.* 4 augustus 1990 en Arbitragehof nr. 44/87, 23 december 1987, *T.B.P.* 1988, 277.

<sup>208</sup> Arbitragehof nr. 32, 29 januari 1987, noot L. VERMEIRE, *R.W.* 1986-87, 2433.

<sup>209</sup> O.m. L.-P. SUETENS, "De invloed van het Arbitragehof op het grondwettelijk recht", *R.W.* 1993-94, 1313; L.-P. SUETENS, "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het arbitragehof", in A. ALLEN en P. LEMMENS (ed.), *Gelijkheid en non-discriminatie, o.c.*, 1992; J. VELAERS, "De toegang van particulieren tot het Arbitragehof", in M. STORME en A. BEIRLAER, *Procederen in nieuw België en komend Europa*, XVIIe Postuniversitaire lessencyclus Willy Delva 1990-91, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 195; A. ALLEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Leuven, Acco, 1995, 503; J. THEUNIS (1997), 150; PH. COENRAETS, "Les méthodes d'interprétation de la Cour d'Arbitrage", *R.I.E.J.* 1992, 111; P. SENAËVE, "Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten", in X., *De menselijke maat, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Dr. G.P. Hoefnagels*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 92.

<sup>210</sup> Arbitragehof nr. 26/90, 14 juli 1990, *B.S.* 4 augustus 1990; Arbitragehof nr. 45/96, 12 juli 1996, *B.S.* 27 juli 1996. Bij de parlementaire voorbereiding van zowel de wet tot oprichting van het Arbitragehof als van de bevoegdheidsverruimende wet werden reeds meerdere amendementen tot uitbreiding van de *rechtstreekse* toetsingsbevoegdheid tot internationaal recht *in glo* ingediend maar deze werden alle verworpen op grond van een negatief advies ter zake van de Raad van State uit 1979-80: zie J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 250-265, die daarentegen wel van meet af aan pleitte voor een bevoegdheid tot onrechtstreekse toetsing aan het gemeenschapsrecht en het E.V.R.M. Tot op heden werd geen gebruik gemaakt van de door de Grondwet geboden mogelijkheid om bij een bijzondere meerderheidswet de bevoegdheid van het Hof uit te breiden tot het (rechtstreekse) toezicht op de naleving van nog andere grondwetsbepalingen, inzonderheid degene die de fundamentele rechten en vrijheden betreffen.

steeds meer ontwikkeld tot beginselen omtrent het rechtmatig dan wel onrechtmatig geacht onderscheid in behandeling<sup>211</sup>.

#### E.4. BEPERKINGEN AAN DE TOETS WEGENS DE OMVANG VAN DE SAISINE

65. De omvang van de saisine geeft in elk concreet geval de grenzen aan van de bevoegdheid *in casu* van het Arbitragehof. Het Hof kan slechts oordelen over discriminatie op grond van de ingeroepen bepalingen<sup>212</sup>. Het Arbitragehof is evenwel reeds meermaals impliciet van deze bevoegdheidsomschrijving afgestapt<sup>213</sup>. Het heeft daarbij de discriminerende werking aangenomen van een wetsartikel dat niet in de saisine was opgenomen (*cf. infra*). In vergelijkbare situaties heeft het Hof evenwel bij de gelijkheidstoets aangaande huwelijkse en buitenhuwelijkse tweerelaties meermaals te kennen gegeven dat het zich *niet* bevoegd acht om de saisine uit te breiden tot de vraag of de wettelijke samenwoning wordt gediscrimineerd t.a.v. het huwelijk, o.m. inzake de regeling van de rente na dodelijk arbeidsongeval<sup>214</sup>. O.i. breidt het Hof de saisine nochtans minder uit door de categorie van de buitenhuwelijkse samenwoning op te splitsen in enerzijds de wettelijke samenwoning en anderzijds de louter feitelijke samenwoning, dan door de vereiste van een toestemming van het kind met zijn erkenning inhoudelijk te evalueren, zoals gebeurde in 1996. In het eerste geval hoeft niet eens van een uitbreiding van de saisine te worden gesproken. Het Hof zou zich beperken tot een betere formulering, kwalificering van de voorgelegde vraag. In het tweede geval, dat van het arrest van 1996, daarentegen is het Hof, zoals gezegd, verdergegaan dan het overschrijden van de saisine: het heeft zelfs enigszins de grenzen van zijn bevoegdheid verlegd door zich uit te laten over de opportuniteit van een regeling. Dergelijk oordeel staat los van de vraag of er al dan niet sprake is van discriminatie van een situatie waaraan een strengere vereiste wordt opgelegd dan aan een vergelijkbare situatie. Niet de toelaatbaarheid of wenselijkheid van de vereiste als dusdanig wordt bij een gelijkheidstoets in de strikte zin beoordeeld, maar slechts de rechtvaardiging van het feit dat ze aan de ene situatie wél en aan de andere niet wordt opgelegd. Het Hof heeft in het arrest van 1996 besloten tot discriminatie, niet door de aangevoerde bepaling, maar door een andere bepaling. Ook de *vrouw* die een kind wil erkennen dat ouder is dan vijftien, zou voorafgaandelijk moeten worden onderworpen aan de toestemming van dat kind. Zelfs een volwaardig grondwettelijk Hof heeft niet de bevoegdheid om een dergelijk opportuniteitsoordeel uit te spreken. Dat komt slechts de wetgever

<sup>211</sup> K. RIMANQUE, *I.c.*, 283.

<sup>212</sup> Zo heeft Arbitragehof nr. 79/95, 28 november 1995 (prej. vr.), *B.S.* 17 januari 1996, *R.W.* 1995-96, 1303, noot F. APS, besloten tot de onmogelijkheid *in casu* om art. 335 § 1 B.W. te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel.

<sup>213</sup> O.m. Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996 (prej. vr.), *B.S.* 11 juli 1996, *R.W.* 1996-97, 997, noot F. APS, *Jaarboek Mensenrechten 1996-97*, 1997, 331, noot J. GERLO, *J.L.M.B.* 1996, 1648, noot D. PIRE, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 542, noot.

<sup>214</sup> O.m. Arbitragehof nr. 49/2000 van 3 mei 2000, *B.S.* 5 juli 2000.



toe<sup>215</sup>. Deze moet beslissen of hij de strenge behandeling afschaft, dan wel handhaaft en uitbreidt tot de andere categorie<sup>216</sup>.

**66.** Het Arbitragehof heeft met dit en gelijkaardige arresten<sup>217</sup> aangegeven dat het zich bevoegd acht om een gebrek aan regelgeving op een bepaald domein vast te stellen. Niet enkel handelen vanwege de overheid, maar ook nalatigheid terzake kan bijgevolg worden aangekaart<sup>218</sup>.

Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de hoven en rechtbanken daarentegen niet gemachtigd zijn om het Arbitragehof te vatten met de vraag of een ontstentenis van wetgevend optreden strijdig is met art. 10 en 11 G.W.<sup>219</sup> Op dat niveau wordt m.a.w. de scheiding der machten gehandhaafd. Een gelijkheidstoets kan niet aan het Arbitragehof worden voorgelegd als een vermomde opportuniteitstoets. Het Hof kan die 'metamorfose' evenwel zelf doorvoeren en lijkt daarmee dezelfde weg op te gaan als het Hof voor de Mensenrechten met zijn extensieve interpretatietechniek. Ook op internrechtelijk vlak kan m.a.w. worden opgetreden tegen een te langdurig stilzitten van de wetgever. Gezien de grondwettelijke waarde van het gelijkheidsbeginsel lijkt ons dat gerechtvaardigd.

<sup>215</sup> Ook n.a.v. de proportionaliteitstoets rijst de kritiek dat die steeds meer op een opportuniteitstoets zou gaan lijken: M. BOSSUYT, "Het Arbitragehof en de opschortingsmogelijkheid door de Raad van State van de bevestigende beslissingen van de Commissaris-Generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen", in K. DE FEYTER, M.C. FOLETS, B. HUBEAU (ed.), *Migratie en migrantenrecht: recente ontwikkelingen*, Brugge, Die Keure, 1995, 90: "Het heeft er alle schijn van dat het gelijkheidsbeginsel aldus herleid wordt tot een afwegen van pro- en contra-argumenten, waarbij de objectieve juridische analyse plaats moet ruimen voor het subjectief aanvoelen van de leden van het Hof van de politieke opportuniteit, dat nochtans het voorrecht is (en moet blijven) van een democratisch verkozen wetgever. (...) Het gevaar is niet denkbeeldig dat het Arbitragehof aldus de weg opgaat, waarbij sommige schendingen van het gelijkheidsbeginsel zullen worden aanvaard, als het nadeel dat zij veroorzaken niet al te groot wordt geacht in het licht van de door de wetgever nagestreefde oogmerken."; B. BLERO, "Protection constitutionnelle et internationale des demandeurs d'asile: quelques considérations à propos de l'arrêt de la Cour d'Arbitrage du 14 juillet 1994 annulant partiellement certaines modifications apportées au statut des réfugiés par la loi du 6 mai 1993", *R.B.D.C.* 1994, 255.

<sup>216</sup> Dat laatste is bv. gebeurd n.a.v. Arbitragehof nr. 20/93, B.2.4., 4 maart 1993, *B.S.* 25 maart 1993, *T. Vreemd.* 1993, 21, noot M.-CL. FOLETS, *T.B.P.* 1994, 73, noot J. THEUNIS, *F. Rechtspr.* 1993, afl. 4, 3, noot M.-CL. FOLETS, *Rev. dr. étr.* 1993, 28, noot M.-CL. FOLETS, *Jaarboek Mensenrechten 1993-94*, 334, noot, m.b.t. de 2x 5%-regel in het vluchtelingenrecht.

<sup>217</sup> Hierover meer: A. ALEN, "Het Arbitragehof. Meer dan een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid?", (noot onder Arbitragehof nr. 18/90 van 23 mei 1990), *R.W.* 1990-91, 80-87.

<sup>218</sup> Arbitragehof nr. 31/96, 15 mei 1996, *Rev. rég. Dr.* 1996, 381, noot CH. HOREVOETS; Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.* 11 juli 1996; Arbitragehof nr. 77/96, 18 december 1996, *R.W.* 1996-97, 1249, noot P. POPELIER (over onderscheid in aansprakelijkheidsregime voor een statutair t.a.v. een contractueel). Zie ook de rechtspraak inzake de vraag naar het recht van kandidaat-geregulariseerden op maatschappelijke dienstverlening, waarbij het Arbitragehof evenwel tot een afwezigheid van schending heeft besloten: Arbitragehof nr. 131/2001 van 30 oktober 2001; Arbitragehof nr. 14/2002 t.e.m. 17/2002 van 17 januari 2002, <http://www.arbitrage.be>.

<sup>219</sup> Cass. 16 september 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1340, *A.J.T.* 1998-99, 207.

## HOOFDSTUK 2. EEN OVERZICHT VAN KNELPUNTEN IN HET BELGISCHE GEZINSCONCEPT

### A. INLEIDING

**67.** Ook een kort overzicht van het gezinsconcept dat in het Belgische familierecht wordt gehanteerd, vormt een noodzakelijk onderdeel van deze inleiding op het onderzoek. Gezien de uiterst ingewikkelde invloeden van internationaal recht op ons familierecht, en de stroomversnelling waarin ons familieconcept sinds kort is terecht gekomen onder invloed van de steeds grotere plaats die nieuwe vormen van gezinssamenstelling in onze samenleving innemen, kan een kort overzicht onmogelijk voldoende genuanceerd zijn. Het dient dan ook slechts als aanloop voor een meer nauwkeurige en accurate uitwerking in de loop van het onderzoek.

**68.** De evolutie van de notie 'gezinsleven' geeft in belangrijke mate aan hoe wordt gedacht over het gelijkheidsbeginsel in het domein van het personen- en familierecht. Het al dan niet rekenen van bepaalde emotionele, economische en/of bloedbanden tot het domein van het gezinsleven, geeft weer in hoeverre - al dan niet terecht - over de vergelijkbaarheid van categorieën van personen en hun onderlinge verhouding geoordeeld wordt.

**69.** Het gezinsleven wordt in meerdere interne en internationale rechtsbepalingen beschermd<sup>220</sup>. Geen enkele rechtsbron evenwel reikt een definitie aan van wat onder de notie 'gezinsleven' begrepen moet worden<sup>221</sup>. Voor art. 8 E.V.R.M. kan

<sup>220</sup> O.m. art. 8 E.V.R.M.; art. 16 § 3 U.V.R.M., art. 23 I.V.B.P.R.; art. 16 I.V.R.K.; art. 17 I.V.B.P.R., art. 10 ECOSOC-verdrag, art. 17 § 1 Amerikaans Mensenrechtenverdrag, art. 6 Amerikaanse Mensenrechtenverklaring, art. 13 § 3 Mensenrechtenverdrag van het GOS, art. 18 Afrikaans charter on the rights and welfare of the child (laatste twee: 'family environment'). Meer over deze Verdragen en hun werking: D. ROUGET, *Le guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Lyon, La Pensée sauvage, 2000, 381 p.

<sup>221</sup> M. BELL, "We are family? Same-sex partners and EU migration law", *M.J.* 2002, 335; V. COUSSIRAT-COUSTERES, "Famille et Convention européenne des droits de l'homme", in ROLV RYSSDAL, P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD en L. WILDHABER (eds), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 337; V. COUSSIRAT-COUSTERE, "La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme", in F. DEKEUWER-DEFOSSEZ (ed.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris, L.G.D.J., 199645; M.-C. RIVIER, "Eléments de droit de la famille dans la Convention sur les droits de l'enfant", *I.c.*, 79; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Familiehereniging in Europa. Werk in de Raad van Europa en de EU", in M.C. FOLETS (e.a.), *Migratie en Migrantenrecht* deel 7 (2002), 256, m.b.t. Aanbeveling (2000)15 van de Raad van Europa inzake long-term migrants en Ontwerpaanbeveling Expertengroep CD-MG betreffende de 'legal status of persons admitted for family reunification'; I. THERY, "Approche sociologique de la 'vie familiale': la question des définitions", in F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, 61-150, verklaart de moeilijkheid van een definiëring vanuit psychologische, historische en andere invloeden; F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 1; M. WITTINGER, *Familien und Frauen im regionalen Menschenrechtsschutz. Ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention, der*

de oorzaak hiervoor worden gevonden in de turbulente ontstaansgeschiedenis van het artikel. Bij de opstelling van het E.V.R.M. had het voorbereidend comité van de Raadgevende vergadering aanvankelijk bezwaar tegen een opname van 'family rights' in het verdrag. De meeste leden waren er slechts toe bereid om rechten als mensenrechten te beschermen, als ze werkelijk noodzakelijk waren voor het goed functioneren van een democratische samenleving<sup>222</sup>. Andere leden van het Comité hebben te langen leste de visie kunnen doordrukken dat de publieke en de private benadering noodzakelijk correlair zijn, wat bv. bepaalde discriminatoire huwelijksbeletsen uitwijzen. Art. 8 E.V.R.M. is aangenomen, zij het, wegens het gebrek aan een inhoudelijk consensus, louter bij wijze van principiële stellingname, zonder inhoudelijke uitwerking.

**70.** Ook het Hof voor de Mensenrechten heeft het reeds meermaals niet nodig bevonden om de noties van het E.V.R.M. nader in te vullen.

Eenzijds neemt het Hof over het algemeen genoegen met de vaststelling dat een bepaling art. 8 E.V.R.M. schendt, en gaat het niet tevens na of het gelijkheidsbeginsel is geschonden. Dit kan betreurd worden, aangezien op die manier de ontwikkeling en actualisering van het gelijkheidsdiscours wordt afgeremd. Het is immers denkbaar dat tot discriminatie wordt besloten ondanks de rechtvaardiging van een inbreuk op art. 8 E.V.R.M. Deze rechtvaardiging kan haar grondslag vinden in het feit dat de werking van art. 8 niet ver genoeg reikt voor het aangekaarte geschil. De oorzaak kan echter evengoed liggen in het feit dat de betrokken categorie op zich beschouwd niet wordt behandeld op een wijze die strijdig is met art. 8 E.V.R.M. Geniet een andere categorie het betreffende recht daarentegen wél, dan kan het Hof op grond van een onderlinge vergelijking

---

*Amerikanischen Menschenrechtskonvention und der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 359 p.; J. PAUWELS, "Beschouwingen over de hervorming van het Belgisch familierecht. Bijdrage voor het colloquium 'Gezinsproblemen in wetgeving en ethiek', Leuven, Faculteit der godgeleerdheid, 28/30 maart 1973", 2, beklemtoonde de verdoezelende rol van ons normatieve familierecht: "...inzake seks, huwelijk en gezin is dit kenmerk van de rechtsregels opvallend sterk: het recht wenst zeer nadrukkelijk de realisering van een bepaald gedragspatroon (...). Met gezin duiden we de groep aan die er traditioneel mee aangeduid wordt"; G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995, 68. M.b.t. het I.V.B.P.R.: P. GANDHI en E. MACNAMEE, "The family in U.K. Law and the International Covenant on Civil and Political Rights 1966", *International Journal of Law and the Family* 1991, 108. Zie ook de voorzichtige definitie van het Mensenrechtencomité in UN Doc A/36/40, 134-143: "all of those comprising the family as understood in the society of the State Party concerned" en de zaak-Cziffra and nineteen Mauritian women: "the legal protection or measures that a society can afford to the family may vary from country to country and depend on different social, economic, political or cultural conditions and traditions". De voormalige E.C.R.M. stelde ruimer dat "the question of the existence or non-existence of 'family life' is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties": ECRM nr. 2991/66, Khan t. V.K., Yearbook X, 478; zie ook Hof Mensenrechten, arrest-Erikson t. Zweden, Serie A, nr. 156, 56, waardoor ook polygame gezinsverbanden onder de notie 'familieleven' gebracht kunnen worden. Zie ook art. 5 I.V.R.K. dat plaatselijke gebruiken in rekening neemt voor de definitie van familie. Art. 20 Afrikaans Charter verwijst ook naar 'other persons responsible for the child'.

<sup>222</sup> I. DE HONDT, "Verdragsrechtelijk Europees Familierecht", in M.V. ANTOKOLSKAIA, W.A. DE HONDT en G.J.W. STEENHOFF (Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), *Een zoektocht naar Europees familierecht. Pre-advies*, Deventer, Kluwer, 1999, 113.

van de behandeling alsnog tot een veroordeling besluiten, m.n. op grond van discriminatie. Gelijke behandeling is immers een beginsel dat losstaat van de aanvaardbaarheid van de aangevochten behandeling. Al is een behandeling op zich perfect in overeenstemming met het recht op bescherming van het gezinsleven, een voordeligere behandeling van een vergelijkbare categorie wijst op discriminatie<sup>223</sup>.

Anderzijds wordt een toets aan art. 14 E.V.R.M. in samenhang met meerdere bepalingen stelselmatig beperkt tot een gelijkheidstoets m.b.t. één enkele bepaling, als die ene toets reeds toelaat om te besluiten tot een ongeoorloofde inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. De vraag naar de familierechtelijke situering van de voorliggende situatie blijft daarbij soms volledig onbeantwoord. In het arrest-Mazurek bv. heeft het Hof voor de Mensenrechten geoordeeld dat de erfrechtelijke benadeling van kinderen die in overspel zijn verwekt, art. 14 j° art. 1, prot. 1 E.V.R.M. op ongeoorloofde wijze schendt<sup>224</sup>. Het Hof achtte het overbodig om na te gaan of ook art. 8 j° art. 14 geschonden was<sup>225</sup>.

**71.** Erkennen dat het gelijkheidsbeginsel een evolutief karakter heeft, is erkennen dat het gezinsconcept onderhevig is aan het hele maatschappelijke kader waarbinnen het zich situeert<sup>226</sup>. Expliciteringen van de evoluties in wetgeving verduidelijken op onvergelijkbare wijze over welke punten op een bepaald ogenblik voldoende overeenstemming bestaat<sup>227</sup>.

<sup>223</sup> P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF (1998), 713-714.

<sup>224</sup> Zie over aanhoudende schendingen: Y.H. LELEU, "Erfrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen", *T.P.R.* 2002, 1353-1384.

<sup>225</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Mazurek t. Frankrijk van 1 februari 2000, *aangeh.*, § 56. In hun dissenting opinion gaven de rechters Loucaides en Tulkens aan dat daarmee een belangrijke kans is gemist, niet alleen uit eerbied voor de eiser, voor wie het was om meer dan louter om het geld was te doen, maar tevens omdat het 'overspelige' kind nog in meerdere familierechtelijke bepalingen (art. 334-7, 759, 761, 762, 767, derde lid, 908, 915-2 en 1097-1 C.C.) wordt achtergesteld. Het Hof heeft de kans niet gegrepen om de wortels van het probleem bloot te leggen: het behoud van een systematische ongelijke behandeling in het afstammingsrecht. "En l'espèce, le choix de la *lex specialis* risque de s'apparenter à une forme de 'minimalisme' judiciaire ou, pour reprendre les termes du rapport de la Commission présidée par le professeur Dekeuwer-Defossez, à une 'solution hybride' (...) En outre, l'arrêt de la Cour laisse dans l'incertain la question de savoir si elle considère, comme le suggère le Gouvernement, que la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale reconnu par l'article 8 de la Convention, ce qui pourrait paraître comme une régression par rapport à des arrêts antérieurs".

<sup>226</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, "Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille", *R.T.D.Civ.* 1995, nr. 2, 252, haalt aan dat de oncontroleerbare snelheid van sociale mutaties het gezin tot een 'famille incertaine' maken, o.m. onder impuls van de toenemende individualisering van het recht, ook het familierecht (*cf. infra*, onze illustraties hiervan. Zie ook M.T. MEULDERS-KLEIN, "Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public", in *Ecrits en l'honneur de Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, 332; J. HAUSER, "Décadence et grandeur du droit civil des personnes et de la famille à la fin du Xxe siècle", in X., *Mélanges Huet-Weiller*, Paris, LGDJ, 1994, 235). Een bindende definitie is in dat opzicht onwenselijk.

<sup>227</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Rees van 17 oktober 1986, *Serie A*, nr. 106, par. 47: "The court is conscious of the distress they (bedoeld worden: homoseksuelen) suffer. The Convention has always to be interpreted in the light of current circumstances. The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard particularly to scientific and social developments".

Het elfde protocol bij het E.V.R.M.<sup>228</sup> heeft impliciet neerslag gegeven aan de overeenstemming die sinds het Marckx-arrest bestaat over de ruime werkingssfeer van art. 8 E.V.R.M. De oorspronkelijke notie 'gezinsleven', die wél nog steeds in de bepaling zelf figureert, werd in het opschrift verlaten en vervangen door 'familie- en gezinsleven'<sup>229</sup>. Hiermee lijkt – bewust of onbewust – te zijn tegemoetgekomen aan de kritiek op de voorheen door de Belgische rechtspraak gehanteerde vertaling van '*family life*' als '*gezinsleven*'<sup>230</sup>. Door deze vertaling kwam de component '*togetherness*' in de notie '*family life*' onvoldoende tot uitdrukking. Deze '*togetherness*' staat voor het geheel van feitelijke omstandigheden van samenleving en van affectieve en economische lotsverbondenheid. Het verduidelijkt dat het gezin ruimer moet worden geïnterpreteerd dan een groepering van personen met een bloedband. Zijn geen familierechtelijke verwantschapselementen voorhanden, dan worden wel mogelijk strengere eisen gesteld m.b.t. de feitelijke, affectieve en economische, band tussen de betrokkenen<sup>231</sup>. De bevestiging, reeds in het arrest-Marckx, dat alle feitelijke gezinsleven wordt beschermd, heeft neerslag gekregen in het Verdrag, ook al heeft het opschrift als dusdanig geen kracht van wet<sup>232</sup>.

<sup>228</sup> Art. 2 Prot. Nr. 11 van 11 mei 1994 en Bijlage, goedgekeurd bij Wet van 27 november 1996 houdende instemming met het Protocol nr. 11 bij het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, betreffende herstructurering van het controlemechanisme ingesteld door dat Verdrag, en Bijlage, gedaan te Straatsburg op 11 mei 1994, B.S. 4 juli 1997.

<sup>229</sup> Vergelijk met art. 1 Nederlandse Vreemdelingenwet dat het eveneens niet over 'gezin' maar over 'familie' heeft en daarom een ruimer gezinsconcept wordt toegedicht: S. MEUWESE, C. MORELLI en A. WOLTHUIS, "Gezinshereniging in het Nederlandse Vreemdelingenrecht getoetst aan het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind", *MR* 2000, 188-194.

<sup>230</sup> Impliciet: K. RIMANQUE, "Het recht op eerbieding van het gezinsleven - een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.* 1981-82, 2200, die evenwel benadrukte dat in de toenmalige stand van de rechtspraak voornamelijk slechts familie in engere zin of 'het gezin' werd beschermd.

<sup>231</sup> K. RIMANQUE, *l.c.*, 1981-82, 2201, met verwijzing naar ECRM-uitspraken die de term '*togetherness*' hanteren; H. STEENBERGEN, "Art. 8 EVRM en vreemdelingen (-beleid)", *N.J.C.M.* 1988, 584; R. VAN RHEE, "Een bijzonder gezin. De Europese commissie en homoseksuele relaties", *N.J.B. (Ndl.)* 1990, 1672.

<sup>232</sup> Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm>: "The headings listed in the appendix form an integral part of the Convention and its protocols, as amended by the present Protocol. The inclusion of such headings should not be understood as an interpretation of the Articles themselves or as having any legal effect. These headings have been added in order to make the text of the Convention more easily understandable (see the American Convention on Human Rights)". Noch de Belgische wetgever (*Parl. St. Senaat* 1995-96, 19 juni 1996, 1-360/1), noch de rechtsleer heeft stilgestaan bij deze nieuwe terminologie. We vonden slechts één verwijzing, en dan nog slechts in voetnoot, zonder verdere uitwerking: E.P. VON BRUCKEN FOCK, "Familieleven en familierecht", in A.W. HERINGA en E. MYJER (ed.), *l.c.*, 147, noot 1.

## B. DE INVLOED VAN RECHTSPRAAK VAN HET HOF VOOR DE MENSENRECHTEN OP DE NOTIE 'GEZINSLEVEN'. EEN KORTE STUDIE VAN DE HUIDIGE BESCHERMING VAN BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIES

### B.1. DE INVLOED VAN RECHTSPRAAK VAN HET HOF VOOR DE MENSENRECHTEN OP DE NOTIE 'GEZINSLEVEN'

#### B.1.A. DE DEFINITIE VAN DE INTERNRECHTELIJKE NOTIE 'GEZINSLEVEN' IN HET LICHT VAN ART. 8 E.V.R.M. EN RECHTSPRAAK VAN HET HOF VOOR DE MENSENRECHTEN

72. Onze aandacht voor het gezinsconcept van art. 8 E.V.R.M. vloeit, naast het feit dat het een supranationale bepaling betreft met directe werking in de interne rechtsorde, tevens voort uit het gegeven dat de bescherming van het E.V.R.M. geldt voor elke rechtsonderhorige van één van de Verdragsstaten<sup>233</sup>. Deze territoriale omschrijving van de werkingssfeer van het Verdrag impliceert dat art. 8 E.V.R.M. ook het gezinsleven van vreemdelingen in België beschermt. Die bescherming gebeurt in toepassing van art. 14 E.V.R.M. zonder onderscheid op grond van nationaliteit, en overstijgt daarmee de grenzen van de internrechtelijke afbakening van gezinsbanden. Ongeacht of een huwelijk geldig is of niet, erkend wordt of niet, ongeacht of een kind kan worden geadopteerd of niet: is er sprake van feitelijk gezinsleven, dan moet dat worden beschermd. Een inperking moet bij wet zijn bepaald en "nodig zijn in een democratische samenleving in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen"<sup>234</sup>. Worden Belgen en vreemdelingen verschillend behandeld, door de wet of naar resultaat<sup>235</sup>, dan wordt die verschillende behandeling getoetst aan het gelijkheidsbeginsel van art. 14 E.V.R.M.<sup>236</sup>

<sup>233</sup> O.m. M. CARONI, *Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999; D. COHEN, "La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *Rev. crit. dr. intern. privé* (fr.) 1989, 451-483; O. DE SCHUTTER, "La convention européenne des droits de l'homme et l'asile", *Rev. dr. étr.* 1994, 471-480; B. DOCQUIR, "Le droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme", *Ann. dr. louv.* 1999, 473-522; A. HEYVAERT, "De gezinsrechtelijke situatie van Marokkanen met vast verblijf in België", in K. DEFYTER, M.-CL. FOLETS EN B. HUBEAU (1995), 287-337; P. MAYER, "La Convention européenne des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangères", *R.C.D.I.* 1991, 652-665; S. RUTTEN, "Mensenrechten en het IPR: scheiden of trouwen?", *NJCM-bulletin* 1998, 797-811; J. VELU en R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, PPDB, compl. VII, Brussel, Bruylant, 1999, 67; J.H.H. WEILER, "Thou shalt not oppress a stranger: on the judicial protection of the human rights of non-EC nationals - a critique", *E.J.I.L.* 1992, 65-91. Zie ook o.m. Hoge Raad (Ndl.), 15 april 1994, *N.I.P.R.* 1994, 268, concl. STRIKWERDA.

<sup>234</sup> Art. 8, tweede lid E.V.R.M.

<sup>235</sup> Dat laatste ingevolge de materiële werking van het gelijkheidsbeginsel.

<sup>236</sup> M.b.t. vreemdelingen heeft het E.H.R.M. een specifieke lijn van rechtspraak ontwikkeld, met

**73.** De doelstelling van ons onderzoek bestaat erin na te gaan welk gezinsconcept de Belgische rechtsorde in de eerste plaats beschermt en in de tweede plaats zou moeten beschermen in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Het normatieve karakter van de tweede vraag wijst uit dat we ons in ons oordeel zullen richten naar een welbepaald gezinsconcept dat de wetgever van hogerhand wordt opgelegd. Dat concept destilleren we logischerwijze uit de supranationale bepaling van art. 8 E.V.R.M., en dan nog voornamelijk uit rechtspraak die haar extensief heeft geïnterpreteerd. Ondanks de ruime kritiek op de ruime bevoegdheid die het Hof voor de Mensenrechten zich daarbij zou toebedelen<sup>237</sup>, kunnen we niet voorbijgaan aan de richtlijnen die het Hof met zijn rechtspraak meegeeft. Zolang hun rechtstreekse werking in de interne rechtsorde wordt erkend, hebben die richtlijnen voorrang op afwijkende internrechtelijke bepalingen in de materie.

De uitspraken gelden weliswaar slechts *inter partes*. Een veroordeling op grond van art. 8 E.V.R.M. heeft slechts betrekking op de voorliggende situatie. Uit de bepaling kan geen volkenrechtelijke verplichting in hoofde van de andere Lidstaten worden afgeleid om hun strijdige wetgeving aan te passen<sup>238</sup>. Dit heeft als gevolg dat het Hof slechts een beperkte invloed kan uitoefenen op het gezinsconcept van de Verdragsstaten. Deze beseffen evenwel dat hun rechtsonderhorigen de supranationale rechtspraak zullen aanwenden voor de nationale rechter, en dat een negatie ervan op termijn aanleiding zal geven tot een (nieuwe) veroordeling van de Staat door het Hof, op grond van ongeoorloofde schending van het gezinsleven<sup>239</sup>.

**74.** De bescherming geldt evenwel slechts voor zover een intermenselijke relatie door het Hof als gezinsleven wordt gekwalificeerd. Wordt geen gezinsleven

---

name inzake de afweging van het recht op bescherming van het gezinsleven tegen het voornemen van de gedaagde Staat om de eiser uit te zetten (o.m. Hof Mensenrechten, arrest-Moustaquim van 12 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1990, 758, noot P. MARTENS; Hof Mensenrechten, arrest C. t./België van 7 augustus 1996, *Publ. Cour eur. D.H.* 1996, III, 915; *Jaarboek Mensenrechten* 1996-1997 1997, 264, noot M. VAN DE PUTTE; Hof Mensenrechten, arrest-Bouchelkia van 29 januari 1997, *Publ. Cour eur. D.H.* 1997, I, 47; Hof Mensenrechten, arrest-Boujaïdi van 26 september 1997, *Publ. Cour eur. D.H.* 1997, 405, *Rev. dr. étr.* 1997, 405; Hof Mensenrechten, arrest-Boujlifa van 21 oktober 1997, *Publ. Cour eur. D.H.* 1997, VI, 2250; Hof Mensenrechten, arrest-Dalia van 19 februari 1998, *Publ. Cour eur. D.H.* 1998, I, 76).

<sup>237</sup> We hebben hierboven twee bedenkingen geformuleerd die deze kritiek enigszins afzwakken.

<sup>238</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 112 §§ 68-69.

<sup>239</sup> Zie bv. de veroordeling van België in het arrest-Vermeire van 29 november 1991, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 214 C, wegens het partiële behoud van de discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen. Zie ook de veroordeling van Frankrijk in het arrest-Mazurek van 1 februari 2000, *internet*, n.a.v. het uitblijven van een wetswijziging in het licht van het *Marckx-acquis* (zie inmiddels het antwoord van de Franse wetgever: Loi nr. 2001-1135 van 3 december 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *D.* 2001, Lég. 3593). Over de wijze waarop de verschillende nationale rechters al dan niet respectvol omgaan met de rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten: S.K. MARTENS, "Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de nationale rechter", *N.J.C.M.* 2000, 753-760.

aangenomen, bv. tussen homoseksuelen onderling, dan kan niet worden besloten tot een inbreuk op het recht op bescherming van het familieleven. De vraag naar de rechtvaardiging van een bepaald overheidsgebod, -verbod of -stilzitten komt vervolgens niet aan de orde<sup>240</sup>. We wezen er reeds op dat een afwijzing van vergelijkbaarheid om die reden best aan een kritisch onderzoek wordt onderworpen, met aandacht voor het evolutieve karakter van de notie 'gezinsleven'<sup>241</sup>.

#### **B.1.B. DE NOTIE 'GEZINSLEVEN' IN DE ZIN VAN ART. 8 E.V.R.M.: DE AFWEGING VAN JURIDISCH TEGEN SOCIAAL GEZINSLEVEN**

##### **\* Een bescherming van elk feitelijk gezinsleven**

**75.** Opdat gezinsleven kan worden aangenomen, moet een 'vie familiale effective' worden aangetoond. Dat een genetische band op zich niet volstaat, is reeds duidelijk sinds het arrest-Marckx<sup>242</sup>. Met dat arrest heeft het Hof voor de Mensenrechten aangegeven dat feitelijk gezinsleven een *noodzakelijke*, en tevens *voldoende* voorwaarde is om bescherming te genieten. Aan een louter juridische gezinsband worden deze kwaliteiten niet toegemeten. Hieruit mogen we evenwel niet afleiden dat binnen de huidige rechtspraak een juridische gezinsband in de zin van art. 8 E.V.R.M. steeds ondergeschikt is aan de feitelijke, sociale beleving. Dergelijke stelling kan op meerdere wijzen worden weerlegd.

##### **\* De aanhoudende prioritaire bescherming naar intern recht van juridisch gezinsleven**

**76.** Het interne familierecht van de Verdragsstaten bij het E.V.R.M. is erop gericht om het familieleven te ordenen op een wijze die toelaat dat de leden van een familie onderling rechten en verplichtingen afdwingen<sup>243</sup>. Deze juridische

<sup>240</sup> H. MOCK, "Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 CEDH) à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle", *R.U.D.H.* 1998, 246; J. LIDDY, "Current Topic: The Concept of Family Life under the ECHR", *E.H.R.L.R.* 1998, 15-25.

<sup>241</sup> In 1988 bv. werd nog gesteld dat er geen te beschermen familieleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. bestond tussen grootouders en kleinkinderen, nonkels of tantes en neven of nichten, of zelfs tussen meerderjarige broers en zussen: M. E. VILLIGER, "Expulsion and the right to Respect for Private and Family Life", in F. MATSCHER, H. PETZOLD en G.J. WIARDA, *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Köln, Heymanns, 1988.

<sup>242</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Marckx, *aangeh.*, §§ 31 en 46; bevestigd in Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab van 21 juni 1988, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 138 § 21, waarin enkel sprake is van gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. voor het kind 'issu de pareille union'. Uit die notie werd afgeleid dat een familieleven slechts *de iure* verondersteld kan worden wanneer een vaste relatie, nl. een huwelijk of vaste tweerelatie, voorhanden is. Zie ook het arrest-Söderbäck: de Zweedse bepaling die adoptie door de echtgenoot van de moeder toestaat zonder instemming van de natuurlijke vader, is verenigbaar met art. 8 E.V.R.M. wanneer er geen feitelijk gezinsleven met de laatste bestaat: Hof Mensenrechten, arrest-Söderbäck van 28 oktober 1998, *Recueil 1998-VII*, <http://hudoc.echr.coe.int>, § 31.

<sup>243</sup> M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, Brussel/Parijs, Bruylant/L.G.D.J., 1999, 138.



zekerheid biedt een tegenwicht voor een risico dat eenieder deels van nature wordt opgedrongen (door afstamming), deels kiest (door andere verwantschapsvormen en juridisch gestructureerde relaties), met name het risico zich emotioneel en/of economisch afhankelijk te stellen van een bepaalde gezinsstructuur<sup>244</sup>. Tegenover de onzekerheid van een bepaalde keuze wordt een begrensde<sup>245</sup> zekerheid van economische stabiliteit geplaatst. Wordt men in de steek gelaten door zijn partner, dan kan men een onderhoudsvordering instellen. Is men juridisch het kind van een persoon, dan wordt men minstens tot zijn meerderjarigheid door die persoon onderhouden, en deelt men in zijn nalatenschap.

77. Dergelijke zekerheid wordt slechts in beperkte mate geboden aan personen die in een niet-geformaliseerde familieverhouding tot een ander staan.

Een stiefouder kan zich beroepen op het gezinsleven dat hij leidt met het kind van zijn of haar levenspartner, mits dat geen gezinsleven in het gedrang brengt dat juridisch sterker wordt beschermd. Zo kan de stiefouder<sup>246</sup> bv. na beëindiging van zijn relatie met de moeder, omgangsrecht met het kind vorderen<sup>247</sup>. Gaat het evenwel in tegen het belang van het kind om zowel door zijn moeder als door de vroegere stiefvader te worden opgevoed, dan zal de juridische ouder voorrang krijgen, op grond van zijn of haar ouderlijk gezag. Is een gedeeld omgangsrecht van de juridische ouder en de vroegere stiefouder problematisch, dan zal dat knelpunt over het algemeen in het voordeel van de juridische ouder worden behandeld, mits die zijn of haar gezinsleven met het kind steeds heeft doorgezet<sup>248</sup>.

Ook in het erf- en huwelijksvermogensrecht treden beperkingen op. Ook al is de stiefouder gehuwd met de erflater, heeft hij diens kinderen niet geadopteerd, dan blijft hij t.a.v. hen slechts een stiefouder. De wetgever houdt er vervolgens in het huwelijksvermogensrecht en in het erfrecht rekening mee dat de goederen die hij van de vooroverledene toebedeeld krijgt, niet van rechtswege bij zijn opvolgend

<sup>244</sup> In dezelfde zin: A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 8-16; H. WILLEKENS, *Mannelijkheid en vrouwelijkheid in het recht: theoretische verkenningen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 515 p.; J. ERAUW, "De nationaliteit en de toepassing van de nationale wet van de persoon", in M.C. FOLETS, R. FOQUE en M. VERWILGHEN (ed.), m.m.v. S. BOUCKAERT en S. D'HONDT, *Naar de Belgische nationaliteit- Vers la nationalité belge*, Brussel, Bruylant, 2002, 422.

<sup>245</sup> De begrenzing bestaat erin dat de zekerheid zich beperkt tot datgene wat de economische middelen van de gezinsleden kunnen bieden. Een toekenning van onderhoudsgeld bv. gebeurt immers steeds in functie van o.m. de middelen van de schuldenaar.

<sup>246</sup> Ook de lesbische partner: Jeugdrb. Kortrijk 18 maart 1997, *Rev. trim. dr. fam* 1998, 687.

<sup>247</sup> O.m. Gent 5 december 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 72, dat het vonnis van Jeugdrb. Gent 15 september 1986, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 69 hervormde. De jeugdrechtbank had het verzoek van de stiefvader, in zijn hoedanigheid van voogd en vader van het halfzusje, om omgangsrecht met het kind, geboren uit het eerste door echtscheiding ontbonden huwelijk van zijn overleden echtgenote, onontvankelijk verklaard. Zie ook Gent 30 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 74.

<sup>248</sup> O.m. E.P. VON BRUCKEN FOCK, "Familieleven en familierecht", *I.c.*, 151; Zie ook Jeugdrb. Brussel 28 mei 1999, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 453 (*in casu* stelde de rechter dat het kind niet tot omgang met de stiefmoeder kon worden gedwongen, na overlijden van zijn vader).

overlijden op de kinderen zullen overgaan. Daarom is bij wet voorzien in drie correcties op de vermogensrechtelijke gevolgen van het overlijden van zijn huwelijkspartner<sup>249</sup>. Hij zal als overlevende echtgenoot minder ontvangen dan hij zou hebben gedaan indien er geen kinderen waren geweest, of indien hij er een (adoptieve) verwantschapsband mee had gehad.

Terwijl dus enerzijds feitelijk gezinsleven tussen stiefouder en stiefkinderen wordt erkend, en de stiefouder bovendien met zijn erfdeel voor hun onderhoud moet instaan, mondt anderzijds de zwakke juridische basis van de verhouding tussen de stiefouder en de kinderen uit in een minder gunstige erfrechtelijke bedeling van de stiefouder. Ook al heeft deze in een juridische familieverhouding, huwelijk of wettelijke samenwoning, tot de overledene gestaan tot op het ogenblik van het overlijden, in het erfrecht primeert de intrafamiliale bestemming van de nalatenschap, zoals ook de overlevende echtgenoot *ab intestato* steeds slechts het vruchtgebruik over een deel van de nalatenschap erft<sup>250</sup>.

**78.** Zo ook beschermt de regeling van art. 336 B.W., de vordering tot levensonderhoud door de vermoedelijke verwekker, het kind slechts zolang niet vaststaat dat het afstamt van een derde of door een derde wordt geadopteerd<sup>251</sup>. Al naargelang van de financiële situatie van die derde, zal het kind al dan niet een belangrijke (rechts-)zekerheid ontnomen worden. Weliswaar kan de

<sup>249</sup> De zgn. stiefmoederclausule van art. 1465 B.W. (elk beding in het huwelijkscontract dat een schenking voorziet waarvan de waarde het beschikbare gedeelte van de nalatenschap overschrijdt, wordt zonder gevolg gelaten voor het overschrijdende gedeelte (tenzij dat zou voortvloeien uit een gelijke verdeling van de inkomsten tijdens het huwelijk van beide partners), de Assepoesterclausule van art. 203 § 2 B.W. (recht op onderhoud door de stiefouder, ten laste van het bedrag dat deze erfde) en art. 745 *quinquies* § 2 B.W. (recht voor de descendents van de erflater om de omzetting te vorderen van het vruchtgebruik dat hun stiefouder erft op de nalatenschap).

<sup>250</sup> Anderzijds geniet een stiefkind, i.t.t. een stiefouder, van de erflater wél het fiscaalrechtelijke voordeel van verlaagde successierechten: Arbitragehof nr. 128/98, 9 december 1998, *B.S.* 16 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1207, noot J. VERSTAPPEN, *T.B.P.* 1999, 277, noot D. DE KEUSTER, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 379, noot C. LAMBERT: de bepaling die het voordelige tarief voor erfgenamen in de rechte lijn en tussen echtgenoten uitbreidt tot de kinderen van de langstlevende echtgenoot van de overledene (m.a.w. de stiefkinderen van de overledene) is gericht op het belang van de stiefkinderen en niet op dat van de ouders. Dat blijkt uit het feit dat de stiefouder niet hetzelfde voordelige tarief geniet voor verkrijgingen van de stiefkinderen. Stiefkinderen en ongehuwde partners kunnen ten aanzien van de bestreden bepaling niet als vergelijkbare categorieën worden beschouwd. Recent zijn initiatieven genomen tot opheffing van de fiscaalrechtelijke ongelijke behandeling van wettelijk samenwonenden (o.m. decreet van 1 december 2000 houdende gelijkschakeling van de successierechten tussen samenwonenden en getrouwen, *B.S.* 11 januari 2001). De laatste stelling van het Hof is daardoor niet langer ongenueanceerd van toepassing. Ook is voor het Arbitragehof volgende prejudiciële vraag hangende: "Schenkt artikel 50 van het Wetboek der successierechten, zoals vervangen door artikel 15 van het decreet van de Vlaamse Raad van 20 december 1996, de artikelen 10, 11 en 172 Grondwet, in zoverre het het tarief in rechte lijn en tussen echtgenoten uitbreidt tot de kinderen van de langstlevende echtgenoot van de overleden echtgenoot terwijl het dit tarief niet uitbreidt tot de kinderen van de eerst overleden echtgenoot die erven van de langstlevende echtgenoot en aldus een niet redelijk verantwoorde ongelijke behandeling zou invoeren tussen beide categorieën van kinderen?" (*B.S.* 8 februari 2002, tot op 31 maart 2003 geen uitspraak over).

<sup>251</sup> Art. 340 B.W.

juridische afstamming van elk kind worden herzien. Er zijn evenwel beduidend meer beperkingen verbonden aan het betwisten van een vastgestelde afstamming, dan aan het vaststellen van een afstammingsband. Een juridische verwantschapsband biedt m.a.w. meer rechtszekerheid. Bij een botsing van sociaal en juridisch ouderschap blijkt het juridische gezinsleven nog steeds vaak de bovenhand te halen. Zoals we hebben gesteld ligt het ordenende karakter van het recht, dat erop is gericht om de rechtszekerheid te verhogen, daar vermoedelijk aan ten grondslag. Slechts een duidelijke tegenspraak van de juridische situatie, door een herroeping of beëindiging ervan, of door overtuigend bezit van staat in afwijkende zin, laat soms toe om de ordening te doorbreken of te herzien.

**79.** Binnen de regeling van het familierecht wordt het huwelijkse gezinsleven het meest beschermd. Dat blijkt sterk uit de restrictieve omschrijving van de mogelijkheden om de betreffende familiebanden te weerleggen. De keuze voor een behoud van de familiale rust – althans naar de buitenwereld toe – primeert op de biologische realiteit, ook al stemt die overeen met de sociale realiteit. De verwekker van een kind kan het vaderschap van de (vroegere) echtgenoot van de moeder niet zelf betwisten<sup>252</sup>, ook niet als hij als stiefouder, binnen of buiten het kader van een huwelijk met de moeder, een feitelijk gezinsleven met het kind heeft uitgebouwd<sup>253</sup>. Wenst de moeder om de biologische realiteit een juridische grondslag te verlenen, dan moet ze vooreerst een vordering tot vaderschapsbetwisting instellen binnen het jaar na de geboorte van het kind. Doet ze dat niet tijdig, dan rest nog slechts de mogelijkheid om het kind door de verwekker te laten adopteren, ook al is ze inmiddels uit de echt gescheiden en heeft het kind nooit een gezinsleven gehad met de vroegere echtgenoot. Om tot adoptie te kunnen overgaan, heeft de verwekker, zoals elke kandidaat-adoptant, evenwel meestal de toestemming nodig van de (vroegere) echtgenoot.

Inzake huwelijkse partnerrelaties is nog duidelijker voor het juridische model gekozen. Ook de partner die zelf het initiatief neemt om de echtelijke woonst te verlaten, en m.a.w. aan de grondslag ligt van de verbreking van de samenwoningsplicht, kan een echtscheiding op grond van fout, met name overspel, vorderen, als de andere partner staande het huwelijk een feitelijk gezinsleven opstart met een derde<sup>254</sup>.

**80.** De sterke bescherming van het juridische gezinsleven vindt tevens uitdrukking in de Europese rechtspraak die stelt dat een louter juridische gezinsband aanvankelijk volstaat om gezinsleven te creëren. Meer nog, de rechtshandeling die de juridische *grondslag* vormt voor die versoepelde aanname van gezinsleven hoeft nog niet overeen te stemmen met een feitelijke gezinsbeleving, als die grondslag het huwelijk is. Ook al voldoen de jonge ouders

---

<sup>252</sup> Art. 332 B.W.

<sup>253</sup> Antwerpen 12 juni 1996, AR 1995/EV/52, *onuitg.*, bevestigt dat een stiefouderlijke relatie gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. kan zijn.

<sup>254</sup> Art. 229 B.W.

nog niet aan hun huwelijkse samenwoningsplicht en wordt het huwelijk nog niet daadwerkelijk beleefd, een louter *gepland*, en dus nog niet in een bestendige samenwoning geëffectueerd gezinsleven kan voorlopig volstaan<sup>255</sup>. De vraag of ook ongehuwde partners zich op een gezinsleven kunnen beroepen terwijl ze nog niet samenwonen, bv. in het kader van een LAT-relatie met een samenwoning in het vooruitzicht, is vooralsnog niet behandeld door het Hof.

**\* De rol van het wilselement in de bescherming van gezinsleven**

**- De bescherming van het juridische gezinsleven tegen 'aanvallen' van buitenuit**

81. Het bestaan van een wettig huwelijk bij de geboorte is daarentegen op zich geen voldoende voorwaarde voor het *voortbestaan* van het gezinsleven. Dat kan immers onderbroken worden door latere gebeurtenissen, bv. een geslaagde vaderschapsbetwisting of een feitelijk verlies van het vereiste regelmatige contact<sup>256</sup>.

Ook al blijft het huwelijk voortbestaan, niets belet dat na een voorafgaande vaderschapsbetwisting, een derde het kind erkent. Meer nog, stemt de moeder in met de erkenning<sup>257</sup>, dan dient de derde niet eens een biologische verwantschapsband met het kind aan te tonen. Ook al heeft het Arbitragehof beklemtoond dat de eerbiediging van het gezinsleven niet het recht inhoudt om een kind te erkennen dat niet het zijne is<sup>258</sup>, en kan zowel preventief als *a posteriori* worden opgetreden tegen een leugenachtige erkenning, een *systematische* controle van de waarachtigheid van de nieuwe familieband ontbreekt. De wil van de betrokken partijen kan in de praktijk primeren op de biologische waarheid. Zelfs het voortbestaan van het huwelijk staat dat niet in de

<sup>255</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, Cabales en Balkandali van 28 mei 1985, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 94, § 62: "La Cour a jugé qu'en consacrant le droit au respect de la vie familiale, la Convention 'présuppose l'existence d'une famille' (arrêt Marckx). Il n'en résulte pourtant pas que toute vie familiale projetée sorte entièrement du cadre de l'article 8". Het Hof haalde *in casu* als bijkomend argument ('de surcroît...') het feit aan dat betrokkenen reeds vóór het aangaan van het huwelijk hadden samengewoond. Gezien de formulering 'de surcroît' kan er ons inziens van uitgegaan worden dat dit element geen *conditio sine qua non* vormt, zodat een loutere intentie tot samenwonen kan volstaan. Dat laatste werd tevens bevestigd in de zaak-Berrehab: Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab van 21 juni 1988, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 138, § 21.

<sup>256</sup> *A contrario* af te leiden uit o.m.: Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab van 21 juni 1988, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 138, § 21: het gezinsleven van vader en dochter wordt niet verbroken wanneer de vader, ondanks het niet langer samenwonen van de ouders sinds de geboorte en hun echtscheiding, zijn dochter vier maal per week gedurende meerdere uren ziet; zie ook Hof mensrechten, arrest-Keegan; Hof mensrechten, arrest-Kroon, *aangeh.*

<sup>257</sup> Ingevolge Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.* 11 juli 1996, *R.W.* 1996-97, 979, noot F. APS, *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 1997, 331, noot J. GERLO, *J.L.M.B.* 1996, 1648, noot D. PIRE, moet de vereiste van moederlijke toestemming in het licht van het gelijkheidsbeginsel bovendien worden ingeperkt tot een mogelijkheid van verzet in haren hoofde. Mits de moeder zich niet verzet, kan een man m.a.w. een kind erkennen zonder dat hij daartoe een onderlinge verwantschapsband moet aantonen.

<sup>258</sup> Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992, *B.S.* 3 december 1992.

weg. De wil van de moeder (samen met de wensvader) kan primeren op de biologische realiteit én op de 'huwelijkse vrede'. Een gehuwde vrouw kan een gezinsleven hebben met een derde en het overspelige kind dat uit de relatie geboren wordt. Hetzelfde geldt bij overspel *a patre*<sup>259</sup>.

**82.** De aangehaalde voorbeelden geven onder meer aan dat gezinsleven dat steunt op een wettig huwelijk niet zonder voorbehoud het privilege geniet van een lichtere bewijslast, als het erop aankomt zijn voortbestaan hard te maken en *a fortiori* aanspraak te maken op een verdere bescherming ervan. Leven de betrokkenen niet langer samen of is hun intentie daartoe niet langer overtuigend, dan zal alsnog moeten worden teruggegrepen naar feitelijke bewijzen van een daadwerkelijk beleefde relatie, zoals de persoonlijke contacten die de betrokkenen met elkaar onderhouden en de materiële steun die ze elkaar bieden. Deze elementen kunnen de instandhouding van het gezinsleven met de juridische of feitelijke ouders aantonen, ook bv. bij plaatsing van het kind in een instelling of bij een particulier in het kader van de jeugdbescherming<sup>260</sup>.

**83.** Art. 8 E.V.R.M. staat er niet aan in de weg dat juridisch gezinsleven wordt beschermd, ook al wordt het niet feitelijk beleefd. Zolang geen van de leden van het juridische gezin aan de bescherming ervan een eind wil stellen, kan een derde niet tussenkomen, ook al heeft hij daar belang bij ter bescherming van zijn feitelijke gezinsleven met één of meer van de betrokkenen. Zodra één van de gezinsleden evenwel van binnenuit een bres slaat in de juridische cocon waarin het gezin zich koestert, wordt de juridische gezinssituatie blootgesteld aan de invloeden van de feitelijke realiteit. Op dat ogenblik treedt de bescherming van het feitelijke gezinsleven door art. 8 E.V.R.M. in werking<sup>261</sup>.

<sup>259</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 112, § 56. Daartoe geldt evenwel de voorwaarde dat de toepasselijke familiewet toelaat dat de overspelige vader het kind erkent. Een wettelijke onmogelijkheid daartoe wordt door het Hof voor de Mensenrechten niet discriminatoir bevonden. De situaties van overspel *a matre* en overspel *a patre* zijn volgens het Hof niet vergelijkbaar: Hof Mensenrechten, arrest-Johnston, *aangeh.*, § 59-61.

<sup>260</sup> Hof Mensenrechten, arrest W. t./Verenigd Koninkrijk van 8 juli 1987, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 121-A, § 59; Hof Mensenrechten, arrest B. t./Verenigd Koninkrijk van 8 juli 1987, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 121-B, § 60; Hof Mensenrechten, arrest R. t./Verenigd Koninkrijk van 8 juli 1987, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 121-C, § 64; Hof Mensenrechten, arrest-Olsson t./Zweden van 24 maart 1988, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 130, § 59; Hof Mensenrechten, arrest-Eriksson t./Zweden van 22 juni 1989, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 156, § 58; Hof Mensenrechten, arrest-Margareta en Roger Andersson t./ Zweden van 25 février 1992, Serie A, nr. 226-A, § 72.

<sup>261</sup> Het E.V.R.M. stelt het huwelijk voor als meest volmaakte - maar dus niet noodzakelijke - gezinsvorm: B. GOOSSENS, "De homoseksueel en zijn relatie tot een partner in het kader van art. 8 par. 1 E.V.R.M.", *Jura Falc.* 1984-85, 540. Dit blijkt tevens reeds uit het arrest-Marckx dat enerzijds een ondersteuning van het op het huwelijk gebaseerd gezin looft, maar anderzijds uitdrukkelijk maatregelen verbiedt die er rechtstreeks op gericht zijn, dan wel onrechtstreeks tot gevolg hebben, dat het buitenhuwelijkse gezin wordt geschaad: Hof Mensenrechten, arrest-Marckx van 13 juni 1979, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 31, § 38-43. Zie ook Hof Mensenrechten, arrest-Mazurek van 1 februari 2000, § 50: de doelstelling om de traditionele familie te beschermen is legitiem (voor de vaststelling dat het Hof evenwel steeds minder lijkt aan te leunen bij de traditionele gezinsnotie: Y.-H. LELEU, "De l'arrêt Marckx à l'arrêt Mazurek, la longue marche des enfants adultérins", *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 397).

## - De bescherming van feitelijk gezinsleven

**84.** De bescherming die het feitelijke gezinsleven in het huidige interne familierecht reeds geniet, mag evenwel niet worden onderschat. De Napoleontische opvatting "*ce que le droit ne règle pas, n'existe pas*" gaat niet langer op. Een persoon kan bv. recht op omgang vorderen met het kind van zijn vroegere partner, als hij met dat kind in de loop van de relatie een familieband heeft uitgebouwd<sup>262</sup>. Personen die een woning delen en die de eigendom van bepaalde goederen betwisten, zien hun vermogensrechtelijke situatie behandeld als een onverdeeldheid: elk zal de helft ervan ontvangen<sup>263</sup>.

**85.** Naast de mogelijkheid voor feitelijke gezinsleden om vrijwillig hun familieleven beschermd te zien, is bovendien de mogelijkheid bepaald om personen die hun feitelijke familiale verantwoordelijkheid juridisch niet willen dragen, ertoe te dwingen. Tegen een vermoedelijke verwekker kan een onderzoek naar het vaderschap worden ingesteld. Wensen de 'benadeelden' dat de verwekker enkel zijn economische verantwoordelijkheid opneemt, dan kan het kind wiens afstamming langs vaderszijde niet vaststaat, een uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding van hem vorderen. Daartoe moet de afstamming niet worden vastgesteld. Het volstaat dat de persoon tijdens het wettelijke tijdvak van de verwekking gemeenschap heeft gehad met zijn moeder<sup>264</sup> en niet weerlegt dat hij de vader is<sup>265</sup>. Hieruit blijkt dat niet alleen juridisch gezinsleven en feitelijk gezinsleven worden beschermd, maar dat tevens personen worden beschermd die zich op grond van bepaalde onmiskenbare aanzetten tot de uitbouw van een gezinsleven, redelijkerwijze konden verwachten aan de effectieve uitbouw ervan.

Aan de rechtsfeiten die de genoemde redelijke verwachting hebben gewekt, zullen rechtsgevolgen worden verbonden. Die zijn evenwel omwille van hun compensatoire oogmerk van louter financiële aard. De onderhoudsvordering tegen de (vermoedelijke) verwekker vormt één voorbeeld. De schadevergoeding die, weliswaar bij mondjasmaat, wordt toegekend aan een persoon wiens verloofde zijn huwelijkbelofte heeft verbroken, een tweede.

**86.** We kunnen concluderen dat hoe sterker een familieverhouding juridisch is geregeld, hoe groter de rechtszekerheid is van de personen die er een beroep op kunnen doen. Ook deze vaststelling zal ons in ons verdere onderzoek stimuleren om in toepassing van o.m. de adaptatietechniek buitenlandse rechtsfiguren een zo sterk mogelijke plaats binnen ons juridische bestel te geven, met het oog op een optimale rechtsbescherming.

<sup>262</sup> Cf. *supra*.

<sup>263</sup> Dat is bovendien bij wet zo geregeld voor wettelijke samenwoners: art. 1478 B.W.

<sup>264</sup> Art. 336 B.W.

<sup>265</sup> Art. 338bis B.W., waarvan wordt aangenomen dat het vermoeden niet noodzakelijk moet worden weerlegd. Het volstaat dat het sterk in twijfel kan worden getrokken, door aan te tonen dat de moeder tijdens de wettelijke periode van verwekking gemeenschap heeft gehad met meerdere mannen.

**87.** Stellen dat elk 'feitelijk gezinsleven', elke 'daadwerkelijk beleefde gezinsband' wordt beschermd door art. 8 E.V.R.M., is te vaag en te verregaand. Bepaalde daadwerkelijk beleefde banden hebben tot op heden nog geen aanleiding gegeven tot opname in het gezinsbegrip, ook al hebben ze reeds een onmiskenbare plaats verworven in het Belgische rechtsdenken. Hierbij denken we o.m. aan de homoseksuele tweerelatie en het pleeggezin<sup>266</sup>.

## **B.2. CONCLUSIE M.B.T. DE INLEIDENDE STUDIE VAN HET E.V.R.M.**

**88.** Het discriminatieverbod van art. 14 E.V.R.M. vormt in samenlezing met art. 8 E.V.R.M. de sterkste bescherming tegen discriminatie binnen de Lidstaten van de Raad van Europa. Zijn rechtstreekse werking in de interne rechtsorde verleent gezinsvormen die in een bepaalde Verdragsstaat juridisch of feitelijk beduidend minder worden beschermd dan in de andere Verdragsstaten een bescherming die door geen ander rechtsinstrument wordt geëvenaard.

De optie van het Hof van de Mensenrechten om zich slechts marginaal in te laten met situaties waaromtrent nog geen gedeelde opvatting bestaat onder de Verdragsstaten, zal het ons niet gemakkelijk maken om eenduidige antwoorden te geven op de vragen die gaandeweg het onderzoek zullen rijzen. Analogie- en assimilatiedenken, mede a.h.v. Europese rechtspraak, zullen ons evenwel toelaten om minstens enkele suggesties te formuleren.

## **C. DE INVLOED VAN ANDERE NON-DISCRIMINATIEBEPALINGEN**

**89.** Naast het E.V.R.M. formuleren tevens meerdere andere internationale verdragen discriminatieverboden. Het betreft het I.V.R.K., het I.V.B.P.R. en het Vrouwenverdrag<sup>267</sup>. Aangezien de discussie over hun al dan niet rechtstreekse werking in de interne rechtsorde blijft aanhouden, past het evenwel om hun invloed op de uitkomsten van het onderzoek nu reeds te relativiseren.

### **C.1. HET I.V.R.K.**

**90.** Art. 2 I.V.R.K. verbiedt in samenhang met de andere Verdragsbepalingen discriminatie van welke aard ook, ongeacht ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale, etnische of maatschappelijke afkomst, welstand, handicap, geboorte of andere omstandigheid van het kind of van zijn of haar ouder of wettelijke voogd.

<sup>266</sup> Zie deel 3B over de homoseksuele tweerelatie. Op de juridische positie van pleeggezinnen gaan we niet nader in, aangezien de verhouding tussen volwassenen en kinderen niet het voorwerp vormt van dit onderzoek.

<sup>267</sup> VN-Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 18 december 1979, Resolutie 34/180.

O.i. heeft de bepaling rechtstreekse werking in de interne rechtsorde. Daartoe steunen we ons op rechtspraak die reeds in verband met andere verdragsbepalingen van het I.V.R.K. aannam dat hun equivalentie met bepalingen van andere Verdragen waarvan de directe werking is erkend, volstaat om ook aan de betreffende I.V.R.K.-bepaling directe werking te verlenen<sup>268</sup>.

In tegenstelling tot enkele hoven<sup>269</sup> weigeren het Hof van Cassatie en de Raad van State vooralsnog evenwel directe werking aan te nemen<sup>270</sup>.

We staan in de derde toegangspoort nader stil bij dit Verdrag.

## C.2. HET I.V.B.P.R.

91.Art. 26 I.V.B.P.R. biedt een rechtstreeks geldende waarborg tegen discriminatie, o.m. op grond van nationaliteit. De bepaling onderscheidt zich door haar algemene karakter van de discriminatieverboden van art. 2 I.V.B.P.R.<sup>271</sup>, 14 E.V.R.M., 2 ECOSOC-verdrag<sup>272</sup> en art. 6 EU-verdrag. Het algemene discriminatieverbod heeft niet enkel accessoire werking ten aanzien van de artikelen van het I.V.B.P.R. zelf, maar geldt tevens buiten het domein van de mensenrechten<sup>273</sup>. Het artikel verbiedt discriminatie in alle rechten die het

<sup>268</sup> Zie rechtspraak, aangeh. in A. ALLEN en W. PAS, "De directe werking van het verdrag inzake de rechten van het kind", in E. VERHELLEN, G. CAPELAERE en G. DECOCK (ed.), *Kinderrechtengids: commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, Mys en Breesch, deel I - 1.1., 18. Zie evenwel de ontkennning terzake door het Franse Hof van Cassatie: besproken in A. VANDAELE, in *Kinderrechtengids*, deel 1 - 1.1 VANDAELE (1998), 20. Hierover ook P. SENAËVE m.m.v. S. ARNOEYTS, "Tien jaar Belgische rechtspraak inzake de aanwending van het I.V.R.K.", in P. SENAËVE (ed.), *Verslagboek Colloquium "De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht"*, Leuven, vrijdag 11 oktober 2002, te verschijnen bij Intersentia.

<sup>269</sup> O.m. Antwerpen 21 oktober 1998, *Kinderrechtengids* deel 3, 3.11, 12; Arbh. Luik 5 november 1996, *Kinderrechtengids* deel 3, 3.11, 3.

<sup>270</sup> R.v.St. nr. 65.348, 20 maart 1997, En Niya, *onuitg.*; R.v.St. nr. 58.032, 7 februari 1996, *onuitg.*; R.v.St. nr. 60.010, 11 juni 1996, arrest-Doudou Oumarar, *onuitg.*; R.v.St. nr. 60.097, 1 juni 1996, *J. dr. Jeun.* 1997, 519; R.v.St. nr. 61.990, 26 september 1996, *J. dr. Jeun.* 1996, 484, noot S. SAROLEA; R.v.St., arrest-Duncan, nr. 58.122, *onuitg.*; R.v.St. nr. 65.348, 20 maart 1997, *onuitg.*; Cass. 4 november 1999, *J.T.* 2000, 667; Cass. 10 november 1999, *KIDS* deel 3, 3.1.2., 27.

<sup>271</sup> M. BOSSUYT, "Het gelijkheidsbeginsel in de internationale pacts inzake mensenrechten", in A. ALLEN en P. LEMMENS, *Gelijkheid en non-discriminatie - égalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 43.

<sup>272</sup> Arbitragehof nr. 4/96, 9 januari 1996, B.S. 27 februari 1996, *Rev. trim. D.H.* 1995, 389, noot L. DENYS, bevestigde dat aan het ECOSOC-verdrag geen rechtstreekse werking kan worden toegekend. Het Internationaal Comité voor de Rechten van de Mens sprak België hierin evenwel reeds tegen: *General Comment on the Nature of State Parties, Obligations*, 84; K. DE GUCHT, "Inburgering door verplicht aanleren van de streektaal en de bescherming van de mensenrechten", *T.B.P.* 1997, 156. Over de beperkte werkingssfeer van de drie genoemde verdragsbepalingen: M. BOSSUYT, "Het discriminatieverbod en positieve actie", *R.W.* 1998, 241. K. DE GUCHT, "Inburgering door verplicht aanleren van de streektaal en de bescherming van de mensenrechten", *T.B.P.* 1997, 154-156.

<sup>273</sup> K. RIMANQUE, "Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?", in M.-CL. FOLETS en B. HUBEAU, *Migratie- en migrantenrecht*, deel 1, Brugge, Die Keure, 1996, 270.



ationale rechtsstelsel van de betrokken verdragspartij hem toekent<sup>274</sup>.

**92.** Reeds sinds het eind van de jaren 1970 werd de stelling van de Raad van State en de Belgische regering ten tijde van de parlementaire goedkeuringsprocedure dat het I.V.B.P.R. geen rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde<sup>275</sup>, bestreden in de rechtsleer<sup>276</sup>. Ook het Hof van Cassatie<sup>277</sup> besloot vanaf de inwerkingtreding van het I.V.B.P.R. tot rechtstreekse werking in de interne rechtsorde.

De interpreterende uitspraken van het V.N.-comité van de Rechten van de Mens zijn bijgevolg bindend voor de Verdragsstaten, zo bv. de uitspraak van het VN-comité dat het woord 'gezin' in het verdrag in brede zin moet worden verklaard, "zodat het betrekking heeft op alle personen die het gezin uitmaken zoals dat laatste in de betrokken maatschappij wordt opgevat (...). Daaruit volgt dat culturele traditie in aanmerking moeten worden genomen wanneer het erom gaat een uitleg te geven van de term "gezin" in een bijzondere omstandigheid"<sup>278</sup>. Een ongelijke behandeling in de toepassing van het gezinsbegrip moet worden gerechtvaardigd<sup>279</sup>.

Deze uitspraak geeft de internationaalrechtelijke relevantie aan van een onderzoek naar de mate waarin onze multiculturele samenleving in rechte én in de feiten een multicultureel gezinsconcept moet hanteren<sup>280</sup>.

**93.** Het rechtstreekse belang van art. 26 I.V.B.P.R. voor het interne recht wordt evenwel, ondanks de beroepsmogelijkheid bij het V.N.-comité voor de rechten van de mens te Genève, niet hoog ingeschat<sup>281</sup>.

<sup>274</sup> "United Nations-Human Rights Committee: General Comment on article 26/Non-discrimination", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds), o.c., 99; K. DE GUCHT, "Inburgering door verplicht aanleren van de streektaal en de bescherming van de mensenrechten", *T.B.P.* 1997, 155.

<sup>275</sup> *Parl. St.* Kamer 1977-78, nr. 188-1, 29 (het I.V.B.P.R. werd op 10 december 1968 door België ondertekend en op 21 april 1983 geratificeerd).

<sup>276</sup> M. BOSSUYT, "De directe werking van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten", *R.W.* 1978-79, 235-248 en *R.W.* 1983-84, 781-790; J. VELU, *Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l'homme*, Brussel, Swinnen, 1981, 53; P. BRACQUENE, "De directe werking van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten na het cassatiearrest van 17 januari 1984", *R.W.* 1984-85, 1563-1572.

<sup>277</sup> Cass. 17 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 1147.

<sup>278</sup> VN-comité van de Rechten van de Mens, 29 juli 1997, *R.U.D.H.* 1998, 27.

<sup>279</sup> Mensenrechtencomité, zaak-Shirin Aumeeruddy-Cziffra and nineteen other Mauritian women t. Mauritius, nr. 35/1978 van 9 april 1981, *Human Rights Committee Selected Decisions under the Optional Protocol*, 2<sup>nd</sup>-16<sup>th</sup> Sessions, I, 67, § 9.2.

<sup>280</sup> Over de noodzaak van een ruime opvatting van het gezinsbegrip: o.m. C. FORDER, "Het gezin in internationale verdragen", *RM Themis* 1997, nr.4, 130-144; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-IPR*, Deventer, Kluwer, 1985, 22; M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl/Strasbourg/Arlington, Engel, 1993, art. 17 § 27; G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995, 68-72.

<sup>281</sup> Zie bv. K. RIMANQUE, *l.c.*, 269.

Art. 10 G.W. biedt m.n. een parallelle bescherming. Voor gelijke behandeling in het kader van besluiten en verordeningen is art. 26 I.V.B.P.R. aldus overbodig. Wetten en decreten *moeten* bovendien eerst het voorwerp geweest zijn van een beroep tot nietigverklaring bij het Arbitragehof, in het kader van een verplichte voorafgaandelijke uitputting van de interne rechtsmiddelen, op straffe van niet-ontvankelijkheid van de klacht in Genève<sup>282</sup>.

94. De bescherming die rechtsonderhorigen in België in de praktijk aan het I.V.B.P.R. ontleen, beperkt zich aldus hoofdzakelijk tot algemene beginselen, waarvan de naleving door de Belgische rechter afhankelijk is van diens discretionaire oordeel<sup>283</sup>.

### C.3. HET VROUWENVERDRAG<sup>284</sup>

95. Ook het Vrouwenverdrag bevat een discriminatieverbod. Over de directe werking van dit Verdrag bestaat evenwel zo mogelijk nog meer controverse dan m.b.t. de hierboven genoemde Verdragen. Bepaalde auteurs leiden een volledige directe werking van het Verdrag af uit de vermelding "the state parties shall ensure..."<sup>285</sup>. Andere nemen slechts de directe werking aan van het verbod op kinderverlovingen en –huwelijken<sup>286</sup>, en menen dat de andere bepalingen louter ter staving van een exceptie van openbare orde kunnen dienen<sup>287</sup>.

We sluiten ons alvast aan bij de opvatting dat het discriminatieverbod rechtstreekse werking in de interne rechtsorde heeft voor zover het betrekking heeft op bepalingen die eveneens voorkomen in andere Verdragen waarvan de directe werking reeds is aangenomen<sup>288</sup>.

Meerdere Verdragsstaten, waaronder de meeste islamitische rechtsstelsels, hebben evenwel de algemene reserve geformuleerd dat geen wetten zullen worden uitgevaardigd die tegen de grondbeginselen van hun rechtsorde ingaan. De beginselen van de islam hebben in deze Staten voorrang op het

<sup>282</sup> Art. 5 § 2, b facultatief protocol, goedgekeurd bij Wet van 16 maart 1994, B.S. 23 juni 1994.

<sup>283</sup> Hierover meer: P. LEMMENS, "De betekenis van de VN-verdragen inzake burgerlijke en politieke rechten, economische, sociale en culturele rechten, en discriminatie van vrouwen voor het Personen- en familierecht", in P. SENAËVE (ed.), *Verslagboek Colloquium "De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht"*, Leuven, vrijdag 11 oktober 2002, te verschijnen bij Intersentia.

<sup>284</sup> Geratificeerd door 40 Staten.

<sup>285</sup> J. HES, "De betekenis van het VN-Vrouwenverdrag voor Nederland", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (eds), *Het vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1995.

<sup>286</sup> S. RUTTEN, "Vrouwen en het internationaal privaatrecht", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (eds), *I.c.*, 260; R. HOLTMAAT, "De kracht van een verdrag. Mogelijkheden voor doorwerking van het V.N.-Vrouwenverdrag in het Nederlandse recht", *N.J.B.* 1991, 850.

<sup>287</sup> S. RUTTEN, *I.c.*, 270.

<sup>288</sup> In die zin: H.R. (Ndl.) 7 mei 1993, *NJCM-Bulletin* 18 (1993) 6, 694-699. Cf. *supra*, de gelijkaardige vaststelling m.b.t. het I.V.R.K.

Verdragsrecht<sup>289</sup>. Ook hebben meerdere Staten concrete reserves geformuleerd m.b.t. art. 16 Vrouwenverdrag<sup>290</sup>.

96. Met de instelling van een Comité en een klachtenprocedure kan de naleving van de verdragsbepalingen voortaan alvast op internationaalrechtelijk niveau worden gecontroleerd<sup>291</sup>. Een afdwinging ervan is evenwel nog veraf.

#### **C.4. HET HANDVEST VAN DE GRONDRECHTEN VAN DE EUROPESE UNIE**

97. In 2000<sup>292</sup> werd het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aangenomen, met in art. 20 en 21 het gelijkheidsbeginsel en beginsel van non-discriminatie. Deze beginselen zijn in algemene bewoordingen geformuleerd en moeten niet in samenlezing met één van de andere bepalingen worden ingeroepen. Binnen het bevoegdheidsdomein van de E.U. kunnen ze daarom in bepaalde gevallen een sterkere rechtsaanspraak bieden dan art. 14 E.V.R.M.

### **BESLUIT DEEL 2A**

98. In deze eerste toegangspoort hebben we enerzijds de werking van de gelijkheidstoets geanalyseerd, en anderzijds – in grove lijnen – het gezinsconcept dat kan worden gedestilleerd uit de huidige rechtspraak met betrekking tot de supranationale bepaling van art. 8 E.V.R.M. Dat gezinsconcept geeft aan welk gezinsleven de Belgische rechter vandaag moet beschermen, t.a.v. elke rechtsonderhorige.

99. Het E.V.R.M. haalt zijn sterkte in internationaalrechtelijk verband uit de combinatie van zijn territoriale werkingssfeer en het supranationale karakter van de bepalingen. Het heeft voorrang op het interne recht en is van toepassing op eenieder die een beroep doet op de Belgische rechtsinstanties, ongeacht zijn

<sup>289</sup> O.m. H. CHEKIR, "La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes", *Revue tunisienne de droit* 1989, 78.

<sup>290</sup> O.m. H. CHEKIR, *l.c.*, 82, wijst erop dat dergelijke reserves strijdig zijn met het Weense verdragenverdrag van 23 mei 1969. Art. 2d van het Weense Verdrag verstaat onder 'reserve' een eenzijdige verklaring door een land waarmee dit het juridisch effect van bepaalde verdragsbepalingen wil uitsluiten of wijzigen. Art. 19 stelt evenwel dat dat niet mogelijk is wanneer het verdrag de reserve heeft uitgesloten of wanneer de reserve afbreuk doet aan het voorwerp en de doelstelling van het verdrag.

<sup>291</sup> "La protection universelle des droits de la femme: vers une efficacité accrue du droit positif international?", *Rev. trim. D.H.* 2000, 453; Resolutie E.P. over de toestand van de grondrechten in de Europese Unie in 2000, 2000/2231 (INI) 5 juli 2001, Punt 73 "beveelt in het geval van het Verenigd Koninkrijk ondertekening en ratificatie en in het geval van België, Duitsland, Griekenland, Luxemburg, Nederland, Portugal, Spanje en Zweden ratificatie aan van het protocol bij het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van de vrouw van 6 oktober 1999"; Belgisch voorstel tot aanname protocol: *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 8 februari 2000, 2-233/1.

<sup>292</sup> *P.B.* C. 364, 18 december 2000.

nationaliteit. De invulling van het gezinsconcept dat wordt beschermd, gebeurt evenwel a.h.v. een gemeenschappelijke *Europese* noemer. Zolang er geen sprake is van een 'Europese (quasi-)consensus' laat het Hof voor de Mensenrechten de Verdragsstaten een ruime marge tot eigen invulling. De vraag in hoeverre daarbij op internrechtelijk vlak rekening wordt gehouden met buitenlandse gezinsconcepten, is het voorwerp van dit onderzoek, eerst in het familierecht, vervolgens voor de bepalingen inzake gezinshereniging.

**100.** De vraag naar de rechtstreekse werking in de interne rechtsorde van meerdere verdragen vormt een tweede illustratie van de zwakheid van de meeste internationale rechtsbepalingen. "De figuur van de directe werking is problematisch, voor zover de rechter ze opvat als een eigenschap die al dan niet toekomt aan een verdragsartikel en voorzover daarbij de onmiskenbare rechterlijke inbreng bij de toekenning of ontkenning van directe werking wordt verhuld"<sup>293</sup>.

Het Europees Parlement heeft het recent nog nodig bevonden om de Commissie en de Lidstaten bij Resolutie aan te bevelen om systematisch sancties te stellen op de niet-naleving van een beginsel van gelijke behandeling dat neerslag heeft gekregen in de wetgeving en/of in het beleid<sup>294</sup>.

**101.** Ons onderzoek bestaat er, zoals gesteld, in om de verplichte bescherming van gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. en van het interne recht, ook ingeval dat geen juridische neerslag heeft gekregen of niet wordt erkend in België, te toetsen aan de huidige wetgevende en rechterlijke praktijk in de genoemde rechtstakken. De studie van die praktijk wijst uit dat de notie 'nationaliteit' in alle betrokken rechtstakken een belangrijke rol speelt in de afbakening van het gezinsconcept. We gaan vervolgens in een tweede toegangspoort in op die rol.

<sup>293</sup> Dit was tevens een bijgevoegde stelling bij de openbare verdediging door E. CLAES van zijn proefschrift *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht. Een grondslagentheoretische benadering*, 26 september 2001. Zie ook M. VAN DER LINDE, "De betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind voor migrantenkinderen", 106; de Nederlandse afdeling rechtspraak van de Raad van State stelt zich terughoudender op m.b.t. 8 E.V.R.M. dan het Hof en de voormalige Commissie voor de Mensenrechten.

<sup>294</sup> Resolutie E.P. over de toestand van de grondrechten in de Europese Unie in 2000, 2000/2231 (INI). 5 juli 2001, overweging 74: "beveelt de Commissie en de Lidstaten aan haast te maken met de versterking en de uitbreiding van het wettelijk instrumentarium, in het bijzonder door (...) het instellen van adequate sancties bij niet-naleving, waaronder Verdragsinbreukprocedures conform artikel 226 van het EG-Verdrag, "mainstreaming" van het gelijke behandelingsprincipe in wetgeving en beleid conform artikel 3, lid 2 van het EG-verdrag".

Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek

Deel 2A. De evolutie van het gelijkheidsbeginsel in het Belgische interne recht, met bijzondere aandacht voor het familierecht

Deel 2B. Beschouwingen omtrent de rol van nationaliteit in het recht, met bijzondere aandacht voor het I.P.R., gevolgd door een voorstel van nieuwe aanknopingsregel voor wat betreft het ontstaan van gezinsleven

Deel 2C. Gezinshereniging naar nationaal en internationaal recht: enkele inleidende aandachtspunten in het licht van het gelijkheidsbeginsel

## **Deel 2B**

# **Beschouwingen omtrent de rol van nationaliteit in het recht, met bijzondere aandacht voor het I.P.R., gevolgd door een voorstel van nieuwe aanknopingsregel voor wat betreft het ontstaan van gezinsleven**

Inleiding

Hoofdstuk 1. De nationaliteit als instrument om formele gelijkheid te bevorderen

Hoofdstuk 2. De rol van nationaliteit in het recht in vraag gesteld

Hoofdstuk 3. Voorstel voor een nieuw aanknopingscriterium: de stabiele verblijfpositie

Hoofdstuk 4. I.P.R.-technieken om gezinsconcepten naar buitenlands recht een plaats te geven binnen de Belgische rechtsorde, voor rechtssituaties die zijn ontstaan vóór de ingang van het stabiele verblijf

Besluit

*“Le respect de l'autre passe-t'il inévitablement par la survivance de son statut d'origine tant qu'il demeure de nationalité étrangère?”<sup>1</sup>*

## INLEIDING

1. In deze toegangspoort gaan we nader in op de rol die de nationaliteit vandaag vervult in het recht. We staan stil bij bedenkingen omtrent enerzijds haar globale functie, anderzijds haar tanende invloed in het I.P.R. Na een korte illustratie van nieuwe aanknopingsvoorstellen die de rechtsleer en een wetsvoorstel ons aanreiken, werken we een eigen aanknopingsvoorstel uit voor alle rechtshandelingen die betrekking hebben op de grondvoorwaarden voor het ontstaan en de erkenning van gezinsleven. Met een illustratie van de adequate wijze waarop het voorgestelde onderscheid in behandeling buitenlandse gezinsmodellen een plaats kan geven in onze rechtsorde, zullen we daarna een theoretische rechtvaardiging geven aan onze optie. Die rechtvaardiging zal in het verdere onderzoek getoetst worden aan zijn praktische waarde.

## HOOFDSTUK 1. DE NATIONALITEIT ALS INSTRUMENT OM FORMELE GELIJKHEID TE BEVORDEREN

### A. HET INTERNATIONAALRECHTELIJKE VERBOD VAN DISCRIMINATIE OP GROND VAN NATIONALITEIT EN DE BEGRENDE STAATSSOEVEREINITEIT INZAKE NATIONALITEIT

#### A.1. HET VERBOD NAAR INTERNATIONAAL RECHT OM TE DISCRIMINEREN OP GROND VAN DE NATIONALITEIT

##### A.1.A. VERDRAGSRECHTELIJKE DISCRIMATIEVERBODEN

2. Meerdere verdragen stellen een discriminatieverbod in op grond van nationaliteit<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> M. M'SALHA (1999), 132.

<sup>2</sup> Hieronder niet verder besproken: o.m. pre-ambule Handvest V.N. van 1945; art. 2 en 16 Universele Verklaring van de rechten van de mens van 10 december 1948, B.S. 31 maart 1949; Verdragen nrs. 100 en 111 van de Internationale Arbeidsorganisatie van 29 juni 1951, B.S. 23 oktober 1952 en van 25 juni 1958, B.S. 23 september 1977; Verdrag van 20 december 1952 betreffende de politieke rechten van de vrouw, goedgekeurd bij wet van 19 maart 1964, B.S. 2 september 1964; art. 6, 8 § 2 en 48 § 2 Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap, B.S. 25 december 1957; Verdrag van 21 december 1965 inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, goedgekeurd bij wet 9 juli 1975, B.S. 11 december 1975; art. 2 § 1 Verdrag van 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten, goedgekeurd bij Wet van 15 mei 1981, B.S. 6 juli 1983, geratificeerd op 21 april 1983; art. 2 § 2 Verdrag van 19 december 1966 inzake economische, sociale en culturele rechten, goedgekeurd bij Wet van 15 mei 1981, B.S. 6 juli 1983, geratificeerd op 21 april 1983; Verdrag van 18 december 1979 inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, goedgekeurd bij wet van 11 mei 1983, B.S. 5 november 1985; Verdrag van 10 november 1994

Hieronder staan we nader stil bij enkele verdragen met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde die de interne wetgever verbieden om wettelijke uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling in te stellen.

Ook al laat art. 191 G.W. toe dat vreemdelingen bij wet verschillend worden behandeld, een wettelijke regeling die strijdig is met een verdragsbepaling met directe werking zal de systematische controle a.h.v. de toetsingscriteria van art. 10 en 11 G.W. niet doorstaan<sup>3</sup>.

In bepaalde van die verdragen strekt het discriminatieverbod zich uit tot eenieder die zich op het grondgebied van een Verdragsstaat bevindt.

Het discriminatieverbod van art. 14 E.V.R.M. is het meest afdwingbare, maar beperkt zich tot de in het Verdrag opgenomen bepalingen<sup>4</sup>. Art. 26 I.V.B.P.R. daarentegen bevat een algemeen discriminatieverbod, dat losstaat van de specifiek in het Verdrag opgenomen rechten en via rechtspraak van het V.N.-Comité voor de Rechten van de Mens o.m. elk ongerechtvaardigd onderscheid op grond van nationaliteit in alle domeinen van het overheidshandelen verbiedt<sup>5</sup>.

---

van de Raad van Europa voor de bescherming van nationale minderheden; Art. 3 verdrag van 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen, goedgekeurd bij wet van 26 juni 1953, *B.S.* 4 oktober 1953 en art. 3 verdrag van 28 september 1954 betreffende de status van staatlozen, goedgekeurd bij wet van 12 mei 1960, *B.S.* 10 augustus 1960 ('zonder onderscheid naar ras, godsdienst of land van herkomst').

<sup>3</sup> M.-C. FOBLETS, "Welke beroepsmogelijkheden voor het Arbitragehof tegen wetten en bepalingen in verband met vreemdelingen?" (noot onder Arbitragehof nr. 20/93, 4 maart 1993), *T. Vreemd.* 1993, 22.

<sup>4</sup> Zie evenwel de bespreking in de eerste toegangspoort (deel 2A, randnr. 26) wat betreft de relatieve autonomie van art. 14 E.V.R.M.: slechts een 'zekere' band met een andere Verdragsbepaling is vereist. Het twaalfde protocol lijkt met zijn autonome discriminatieverbod het vaandel over te zullen nemen. Het is evenwel nog slechts door Georgië geratificeerd. Voor de werkingssfeer van het discriminatieverbod: zie het Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>: "The additional scope of protection under Article 1 concerns cases where a person is discriminated against:

- i. in the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law;
- ii. in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of a public authority under national law, that is, where a public authority is under an obligation under national law to behave in a particular manner;
- iii. by a public authority in the exercise of discretionary power (for example, granting certain subsidies);
- iv. by any other act or omission by a public authority (for example, the behaviour of law enforcement officers when controlling a riot)". § 25 resp. § 27 vervolgen: "While (...) positive obligations cannot be excluded altogether, the prime objective of Article 1 is to embody a negative obligation for the Parties: the obligation not to discriminate against individuals" en "the extent of any positive obligations following from Article 1 is likely to be limited. It should be borne in mind that the first paragraph is circumscribed by the reference to the "enjoyment of any right set forth by law" and that the second paragraph prohibits discrimination "by any public authority". It should be noted that, in addition, Article 1 of the Convention sets a general limit on state responsibility which is particularly relevant in cases of discrimination between private persons".

<sup>5</sup> Facultatief protocol, goedgekeurd bij wet van 16 maart 1994, *B.S.* 23 juni 1994; H. VERSCHUEREN, "Het niet-discriminatiebeginsel van artikel 26 I.V.B.P.R. en de rechtspositie van vreemdelingen", *R.W.* 1988-89, 689-696; Mensenrechtencomité 22 juli 1986: algemene commentaar over de positie van vreemdelingen krachtens het I.V.B.P.R.: een verschil in behandeling op grond van nationaliteit kan een door de UNO-pacten verboden vorm van discriminatie opleveren, ook al wordt nationaliteit door de pacten zelf niet expliciet als discriminatiecriterium vernoemd.

Het discriminatieverbod heeft niet enkel accessoire werking ten aanzien van de artikelen van het I.V.B.P.R. zelf, maar geldt ook buiten het domein van de mensenrechten<sup>6</sup>.

De bescherming van beide discriminatieverboden loopt parallel met die van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet<sup>7</sup>. Hun praktische belang blijkt uit de reikwijdte die de bevoegde internationale instanties<sup>8</sup> aan de bepalingen verlenen. Hun invulling zal, minstens op termijn, ook de invulling van het internrechtelijke gelijkheidsbeginsel beïnvloeden.

3. Het Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten<sup>9</sup> verbiedt in art. 2, 2° elke discriminatie op grond van o.m. nationale afkomst of andere status. Dit discriminatieverbod heeft de bijzondere verdienste de bepalingen van het Verdrag rechtstreekse werking in de interne rechtsorde te verlenen, een kwaliteit die de meeste bepalingen afzonderlijk niet hebben<sup>10</sup>. Hierdoor kan ook dit Verdrag een belangrijke rol vervullen in de nationale anti-discriminatierechtpraak.

4. Ook art. 12 en 13 E.G.-Verdrag bevatten een verbod van discriminatie op grond van nationaliteit.

5. Art. 2 § 1 I.V.R.K. vermeldt noch de nationaliteit, noch de afkomst als discriminatiegrond. Wel blijkt uit de interpretatieve verklaring bij de ratificatie dat de nationaliteit door de Belgische wetgever geacht wordt deel uit te maken van de 'identiteit'<sup>11</sup>, grond waarop discriminatie verboden is. Over de vraag of het I.V.R.K. rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde bestaat evenwel discussie<sup>12</sup>.

#### A.1.B. RELEVANTE BEPALINGEN VOOR HET ONDERZOEK

6. De afdwinging van het gelijkheidsbeginsel situeert zich hoofdzakelijk op twee niveaus: dat van rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten en het nationale niveau. Gezien hun moeilijke afdwingbaarheid gaan we in deze toegangspoort niet nader in op de andere genoemde discriminatieverboden. Waar ze een rol kunnen vervullen in de beoordeling van wijzen van ontstaan van

<sup>6</sup> K. RIMANQUE, "Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?", in M.-C. FOLETS en B. HUBEAU (1995), 283.

<sup>7</sup> O.m. K. RIMANQUE, "Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?", in M.-C. FOLETS en B. HUBEAU (1995), 283.

<sup>8</sup> Deze stellen op straffe van niet-ontvankelijkheid van de klacht dat deze eerst het voorwerp moet zijn geweest van een beroep tot nietigverklaring bij het Arbitragehof, in het kader van een verplichte voorafgaandelijke uitputting van de interne rechtsmiddelen: art. 35.1 E.V.R.M. en art. 5 § 2, b facultatief protocol bij het I.V.B.P.R., goedgekeurd bij Wet van 16 maart 1994, B.S. 23 juni 1994.

<sup>9</sup> ECOSOC-verdrag van 19 december 1966, B.S. 6 juli 1983.

<sup>10</sup> K. DE FEYTER, *De juridische gevolgen van de internationale en nationale erkenning van economische, sociale en culturele rechten*, Rapport Studiedag ICM, Leuven, 2 december 1994.

<sup>11</sup> B.S. 17 januari 1992.

<sup>12</sup> Cf. *supra*, deel 2A, en diepgaander *infra*, deel 2C.



gezinsleven, komen ze in het verdere onderzoek nader aan bod.

7. Het Europese recht daarentegen vervult, als integraal onderdeel van de interne rechtsorde, wél een centrale rol in het onderzoek, omdat het aan de grondslag ligt van een systematische verschillende behandeling tussen EU-onderdanen en gelijkgestelden, en niet-bevoorrechte derdelanders.

Het E.U.-Verdrag beperkt de werkingssfeer van het discriminatieverbod evenwel op dubbele wijze. Enerzijds geldt het verbod *personeel* slechts m.b.t. burgers van de Unie en – via een afgeleid recht<sup>13</sup> – m.b.t. gelijkgestelden<sup>14</sup>. Anderzijds is de *materiële* werkingssfeer beperkt tot de gemeenschapsaangelegenheden<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Afgeleid in dubbele zin: het recht is afhankelijk van enerzijds het gebruik dat de EER-onderdaan zelf maakt van zijn recht op vrij verkeer, en anderzijds het voortbestaan van de familieband.

<sup>14</sup> Art. 17-22 van het E.G.-Verdrag beklemtonen het Unieburgerschap waarmee EU-burgers zich onderscheiden van andere vreemdelingen. Zie ook Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *P.B.L.* 180/22, 19 juli 2000, die weliswaar in haar preambule stelt: 'het is ook belangrijk, in het kader van de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, de bescherming van privé-leven, familie- en gezinsleven en de in dat kader verrichte transacties te eerbiedigen', maar zelf niet verder naar het familieleven e.d. verwijst. Overweging 13 van de preambule stelt tevens: "dit verbod op discriminatie geldt ook voor onderdanen van derdelanden, maar is niet van toepassing op verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en laat de bepalingen inzake inreis en verblijf en toegang tot het arbeidsproces en tot een beroep van onderdanen van derde landen onverlet".

Zie ook Comité van de regio's, advies 2000/C 226/01, preambule: "overwegende dat een afwijzing van elke vorm van discriminatie een essentiële voorwaarde is voor de ontwikkeling van de Europese Unie als een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid als bedoeld in artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en vervat in artikel 13 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap". Art. 13 E.G.-Verdrag verwijst niet naar discriminatie op grond van nationaliteit. Ook art. 1.28 heeft het slechts over de zes discriminatiegronden van art. 13 E.G.-verdrag.

<sup>15</sup> Art. 48, § 2 EU-verdrag bevat een specifiek verbod van directe of indirecte discriminatie m.b.t. werkgelegenheid, beloning en overige arbeidsvoorwaarden. In samenhang met art. 7, lid 2 Verordening nr. 1612/68 van 15 oktober 1968 van de Raad van de E.G. betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de gemeenschap, *Pb. L.* 19 oktober 1968, afl. 257, wordt discriminatie op grond van nationaliteit m.b.t. vrij verkeer binnen de EU bestreden. Het verbod betreft o.m. de toegang tot de uitoefening van beroepen waarvoor het vereiste van administratieve toelating en een specifieke beroepsregeling gelden (o.m. H.v.J. 7 mei 1986, nr. 131/85, *Jur. H.v.J.* 1986, 1573, concl. G. MANCINI), taalvereisten (o.m. H.v.J. 28 november 1989, *Jur. H.v.J.* 1989, 3993) en anciënniteitsregelingen (o.m. H.v.J. 23 februari 1994, *Jur. H.v.J.* 1994, I, 521), aan nationaliteit verbonden quota in de economie (o.m. H.v.J. 10 december 1991, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 5889, concl. W. VAN GERVEN; H.v.J. 1 december 1993, *J.T.T.* 1994, 17; H.v.J. 7 maart 1996, nr. C-334/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 1307, concl. N. FENNELLY; H.v.J. 27 november 1997, nr. C-62/96, *Jur. H.v.J.* 1997, I, 6725, concl. G. TESAURO), de bescherming van het auteursrecht buiten het nationale grondgebied (H.v.J. 20 oktober 1993, nr. C-92/92, *Jur. H.v.J.* 1993, I, 5145), het recht op behoud van de sociale-zekerheidspositie bij tijdelijk werken in het buitenland (H.v.J. nr. 237/83, 12 juli 1984, *Jur. H.v.J.* 1984, 3153, concl. C. LENZ), de werkgeversbijdragen voor stagiairs die niet onder het nationale onderwijsstelsel vallen (H.v.J. 21 november 1991, nr. C-27/91, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 5531, concl. C. LENZ), gezinsbijslagen (H.v.J. 15 januari 1986, nr. 41/84, *Jur. H.v.J.* 1986, 1, concl. G. MANCINI: *in casu* werd in de gezinsbijslagereglementering het criterium gehanteerd van de woonplaats van de gezinsleden om te bepalen welke wettelijke regeling van toepassing was op de gezinsbijslagen van een migrerend werknemer. Besloten werd tot discriminatie van migrerende werknemers, aangezien het probleem van buiten de lidstaat van arbeid wonende gezinsleden zich *de facto* hoofdzakelijk bij hen voordoet), het recht op wachtuitkeringen voor kinderen van een werknemer die onderdaan

Binnen deze beperkte werkingssfeer werkt het verbod op een betrekkelijk exhaustieve wijze<sup>16</sup>.

De Europese Unie bevindt zich aldus in een dubbelzinnige situatie: enerzijds is *binnen* de Unie het nationaliteitsbeginsel als begrip bijna inhoudsloos geworden; anderzijds is de *toegang tot* het Unieburgerschap volledig bepaald op grond van dat nationaliteitsbeginsel<sup>17</sup>.

8. De nationale, Europese en internationale rechtsorde raken bovendien steeds meer verward in een paradoxaal kluwen van nationalisme of grondrechtelijk protectionisme<sup>18</sup> op nationaal en Europees vlak, en internationalisme in de mensenrechtenverdragen die de Lidstaten onderschrijven. Of deze paradox aanleiding geeft tot ongerechtvaardigde ongelijke behandelingen onderzoeken we verderop nader, in de eerste plaats op het vlak van het verblijfsrecht<sup>19</sup>.

#### A.1.c. DE ONTWIKKING VAN CONFRONTATIES MET HET GELIJKHEIDSBEGINSEL DOOR EEN VOORAFGAANDE SELECTIE VAN BINNENKOMENDE CONFLICTEN VIA HET VERBLIJFSRECHT

9. Niet alleen de Europese, maar ook de nationale regelgever heeft én benut de mogelijkheid om bepaalde confrontaties met het gelijkheidsbeginsel uit de weg te gaan. Het instrument daartoe is een rechtsdomein dat wordt gekenmerkt door een ruime staatssoevereiniteit: het verblijfsrecht.

Via hun verblijfsregeling genieten Staten de mogelijkheid om het verbod om te discrimineren in een bepaalde interne wetgeving te ontwijken t.a.v. bepaalde vreemdelingen. Het recht op gelijke behandeling kan immers slechts worden afgedwongen door een persoon die op het grondgebied verblijft. Uit geen van de geldende internationale verdragen kan een recht op toegang tot een bepaalde

---

is van een EU-lidstaat (H.v.J. 20 juni 1985, nr. 94/84, *Jur. H.v.J.* 1985, 1873, concl. P. VERLOREN VAN THEMATAAT). Ook indirecte discriminatie wordt bestreden: o.m. H.v.J. 15 januari 1986, nr. 41/84, *Jur. H.v.J.* 1986, 1, concl. G. MANCINI; H.v.J. 30 mei 1989, *Jur. H.v.J.* 1989, 1610; H.v.J. 14 december 1989, *Jur. H.v.J.* 1989, 4501; H.v.J. 21 november 1991, nr. C-27/91, *Jur. H.v.J.* 1991, I, 5531, concl. C. LENZ; Brussel 3 november 1987, A.F.T. 1988, 189, noot M. DASSESSE. Meer hierover: P. GARRONE, "La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale", *Rev. dr. étr.* 1994, 425-449.

<sup>16</sup> Voorbehoud is slechts gemaakt inzake nationale verkiezingen, de toegang tot bepaalde overheidsfuncties en m.b.t. enkele verblijfsvoorwaarden.

<sup>17</sup> H. VERSCHUEREN, "Nationaliteitsrecht", in K. DEFEYTER, M.C. FOLETS e.a. (1995), 258. Een uitzondering hierop wordt gevormd door het vrij verkeer van diensten, dat geldt voor eenieder die regelmatig verblijf houdt in een Verdragsstaat. De doelgebondenheid van het verblijf zal evenwel weinig rechten doen ontstaan: H. VERSCHUEREN, "Het arrest Rush Portuguesa: een nieuwe wending aan het vrije verkeer van werknemers in het Europese gemeenschapsrecht", *T. Vreemd.* 1990, nr. 58, 3-12. O.m. B.V. COSTA, "The Quest for a Consistent Set of Rules Governing the Status of non-Community Nationals", in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, 441, bepleit om bij een volgende verdragsaanpassing het Unieburgerschap uit te breiden tot derdelanders met zeven tot tien jaar wettig verblijf in een of meerdere lidstaten.

<sup>18</sup> Zie B. HUBEAU, "Het Europese Unieburgerschap: naar een Europees grondrechtensysteem?", in S. PARMENTIER (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 83-86.

<sup>19</sup> O.m. *cf. infra*, deel 2C.

Staat worden afgeleid voor andere dan de genoemde bevoorrechte vreemdelingen<sup>20</sup>. Daarom is het van belang om ook het verblijfsrecht als dusdanig te toetsen aan grondrechten uit mensenrechtenverdragen met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde. In combinatie met het gelijkheidsbeginsel kunnen deze grondrechten de soevereiniteit van de nationale wetgever binnen redelijke perken houden.

Dit moet gebeuren op twee niveaus. Enerzijds kunnen correcties op de verblijfsregeling zélf zijn aangewezen, o.m. in het licht van het recht op bescherming van het gezinsleven. Anderzijds kan een correctie worden geboden op een concrete instrumentalisatie van het verblijfsrecht in een andere rechtstak, als die is ingegeven door de doelstelling om bepaalde confrontaties met de gelijkheidstoets op ongerechtvaardigde wijze te ontwijken. Wordt een verblijfsvereiste, die *in se* gerechtvaardigd kan zijn, gehanteerd in bepaalde regelgeving, dan is het denkbaar dat de *uitwerking* ervan tot onaanvaardbare resultaten leidt. Het materiële gelijkheidsbeginsel nodigt ons uit om oog te hebben voor het volledige resultaat van een ongelijke behandeling. Bestaat de ongelijke behandeling in een ongelijke toegang tot het verblijf, dan is die in het verblijfsrecht, in het licht van de ruime soevereiniteit van elke Staat in de materie, mogelijk gerechtvaardigd. Ligt de onmogelijkheid om een familielid te vervoegen aan de oorsprong van ontzeggingen in een andere rechtstak, bv. het socialezekerheidsrecht, dan moet worden onderzocht of die grond tot ontzegging is gerechtvaardigd, of daarentegen de verblijfsvereiste een vorm is van indirecte discriminatie. Het verblijfsrecht stelt voornamelijk verschillen in behandeling in op grond van nationaliteit. Discriminatie op grond van verblijf impliceert hierdoor vaak tevens een indirecte discriminatie op grond van nationaliteit.

**10.** Een studie van het verblijfsrecht vervult aldus een centrale rol in een onderzoek naar discriminatie op grond van nationaliteit. In ons onderzoek zal dit het sterkst tot uitdrukking komen in de afweging tussen enerzijds het grondrecht op bescherming van het gezinsleven en anderzijds het belang van een Staat bij een strikte regeling inzake gezinshereniging.

Een gelijkaardige belangenafweging is aangewezen m.b.t. beslissingen om een vreemdeling terug te wijzen of uit te zetten. Op die problematiek gaan we evenwel slechts fragmentair in, bij de bespreking van het zelfstandige verblijfsrecht<sup>21</sup>. We beperken ons onderzoek immers tot wijzen van *ontstaan* van gezinsleven.

**11.** We illustreerden zonet hoe twee rechtsdomeinen waarin aan elke Staat een ruime beoordelingsmarge wordt gelaten, m.n. nationaliteitsrecht en verblijfsrecht, een centrale rol vervullen in het gelijkheidsdiscours. Een afbakening van de grenzen van die soevereiniteit gaat vooraf aan elke gelijkheidstoets in een rechtstak die voortbouwt op de regels van het verblijfsrecht en/of het nationaliteitsrecht.

---

<sup>20</sup> Cf. *infra* deel 2C.

<sup>21</sup> Cf. *infra* deel 2C.

In een derde toegangspoort staan we stil bij rechtspraak en bepalingen waarmee de E.U. en het Hof voor de Mensenrechten zich inmengen in het nationale verblijfsrecht, een rechtsdomein dat vooralsnog hoofdzakelijk aan het goedbevinden van de nationale wetgever wordt overgelaten. We vervolgen deze tweede toegangspoort met een afbakening van de grenzen en mogelijkheden van het nationaliteitsrecht.

## A.2. DE SOEVEREINITEIT VAN ELKE STAAT OM DE NATIONALITEIT TOE TE KENNEN

12. Elke Staat bepaalt in het teken van de hem gewaarborgde soevereiniteit vrij de voorwaarden tot verkrijging of verwerving evenals tot verlies van haar nationaliteit<sup>22</sup>. Daarbij dient hij weliswaar de internationaalrechtelijke verdragen met discriminatieverbod, de internationale gewoonten<sup>23</sup> en algemene rechtsbeginselen inzake nationaliteit<sup>24</sup> evenals de eigen Grondwet<sup>25</sup> te eerbiedigen. De soevereiniteit van elke Staat blijft niettemin groot<sup>26</sup>. Dit kan voor België o.m. worden geïllustreerd a.h.v. de uitspraak waarin het Arbitragehof de soevereine beoordelingsvrijheid van de Kamer inzake de gunst van een naturalisatie heeft bevestigd en heeft gesteld dat het "niet vermag de bestreden wet af te keuren zonder een door de Grondwetgever verankerde keuze in het geding te brengen"<sup>27</sup>.

Het is evenwel de vraag of deze soevereiniteit nog lang kan aanhouden. Gezien

<sup>22</sup> Verklaring betreffende de nationaliteit van een lidstaat, toegevoegd aan het verdrag van Maastricht; art. 2 Haags Verdrag 12 april 1930 betreffende de wetsconflicten inzake nationaliteit; vaste rechtspraak, o.m. Rb. Charleroi 5 april 1919, *J.T.* 1919, 243 waarbij de rechtbank besloot dat door deze soevereiniteit apatridie niet kan worden uitgesloten. Zie ook: K. DE GUCHT, "Inburgering door verplicht aanleren van de streektaal en de bescherming van de mensenrechten", *T.B.P.* 1997, 157; R. DE LANGE, "paradoxen van Europees burgerschap", *Recht en kritiek* (Ndl.) 1995, 294.

<sup>23</sup> Zie ook P. WEIS, *Nationality and statelessness in international law*, Alphen an den Rijn, Sijthoff, 1979; M.S. MC DOUGAL, H.D. LASSWELL en L.C. CHEN, "Nationality and Human Rights: the protection of the Individual in External Arenas", *Yale L.J.* 1974, 900 e.v.

<sup>24</sup> Art. 1 en 2 Verdrag van Den Haag van 12 april 1930, goedgekeurd bij wet van 20 januari 1939, *B.S.* 13 augustus 1939.

<sup>25</sup> E.R.C. VAN BOGAERT, *Volkenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1973, 296-297 en 1991, 325-326.

<sup>26</sup> De eenzijdigheid van de voorwaarden die worden gesteld blijkt o.m. duidelijk uit het gebruik van het Belgische meerderjarigheidsconcept: de leeftijdsgrens van 18 jaar staat centraal. P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF (1998), 674, bevestigen dat het E.V.R.M. de Staten een ruime soevereiniteit laat, i.t.t. o.m. art. 15 U.V.R.M. Ook de omzeilbaarheid van het verbod van onmenselijke behandeling (art. 3 E.V.R.M.) door de nationaliteit te weigeren of te ontnemen, is slechts minimaal begrensd. De opstellers van het E.V.R.M. zijn dit risico indachtig geweest, maar hebben het niet opportuun bevonden om een expliciet verbod in art. 3 E.V.R.M. op te nemen (zie *Explanatory Report*, 47-48). De Europese Commissie voor de Mensenrechten heeft wél reeds gesteld dat een gelijktijdige weigering van de nationaliteit en aflevering van een bevel om het grondgebied te verlaten, het vermoeden schept dat beiden gelinkt zijn en aldus een inbreuk op art. 3 E.V.R.M. wordt gepleegd: E.C.R.M. nr. 3745/68, X. t. B.R.D., *Coll.* 31 (1970), 110. De Commissie heeft evenwel in dezelfde zaak bevestigd dat het bewijs van de loutere doelstelling om uit te zetten, moeilijk te leveren is.

<sup>27</sup> Arbitragehof nr. 75/98, 24 juni 1998, *B.S.* 7 juli 1998: verwerping van een beroep tot vernietiging van een wet die de naturalisaties verleent. Het beroep was ingesteld omdat het gelijkheidsbeginsel niet zou zijn nageleefd bij de afwijzing door de Kamer van een naturalisatieaanvraag van de verzoeker.

de ruime implicaties van nationaliteit op Europeesrechtelijk vlak<sup>28</sup>, is het denkbaar dat de Europese Unie vroeg of laat de toekenning van het Unieburgerschap afhankelijk gaat stellen van een eengemaakt nationaliteitsrecht. Slechts op die manier, of door het Unieburgerschap los te koppelen van de nationaliteit<sup>29</sup>, kan de werkingssfeer van het Europese recht onder controle worden gehouden<sup>30</sup>. Vandaag betaalt de hele Europese Unie mee de kost van het soepele nationaliteitsrecht van één enkele Lidstaat, dat het aantal rechthebbenden op vrij verkeer, sociale tegemoetkomingen en andere voordelen die aan het Unieburgerschap zijn verbonden exponentieel doet stijgen.

13. De huidige staatssoevereiniteit blijkt tevens uit de vrije houding die elke Staat kan aannemen t.a.v. de erkenning van een *vreemde* nationaliteit. N.a.v. de groeiende aandacht voor de effectiviteit van de nationaliteit wordt de mogelijkheid erkend dat een Staat zich ertegen verzet om een vreemde nationaliteit te erkennen als die niet effectief blijkt te zijn<sup>31</sup>.

14. Hieruit blijkt dat aan de wijze waarop de nationaliteit wordt verworven, verloren of erkend, nauwelijks grenzen worden gesteld. Hierdoor is het denkbaar dat een concrete rechtvaardiging van een verschillende behandeling op grond van nationaliteit rust op wankel fundamente. Het onderscheid binnen het onderscheid, met name de mogelijkheid of onmogelijkheid om een bepaalde nationaliteit te verwerven, kan immers niet worden getoetst. Om die reden is het

<sup>28</sup> Hierover o.m. P. BAEHR en G. VAN HOOFF, *Europa in de steigers. Van Gemeenschap tot Unie: burgerschap en mensenrechten*, Utrecht, Paper 25 jaar Europa-instituut, 1992, 1-2; J.Y. CARLIER, "Vers une citoyenneté européenne ouverte", *Ann. dr. louv.* 1998, 119 e.v.; R. DE LANGE, "Paradoxen van Europees burgerschap", *Recht en Kritiek* (Ndl.) 1995, 278 e.v.; P. D'ARGENT, "Le droit de vote et l'éligibilité aux élections municipales et européennes comme attribut de la citoyenneté de l'Union", *Ann. Dr. louv.* 1993, 221; R. DE VALKENEER, "Het burgerschap van de Europese Unie", *Notarius* 1999, 487-488; M. FALLON, "La citoyenneté européenne", *J.T. dr. eur.* 1994, 65-71; B. HUBEAU, "Europees burgerschap en Europees migratierecht: basisbegrippen en recente ontwikkelingen", in K. DE FEYTER, M.C. FOBLETS en B. HUBEAU (1995), 99-146; B. HUBEAU, "Het Europese Unieburgerschap: naar een Europees grondrechtensysteem?", in S. PARMENTIER en J.H. BURGERS (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 57-86; H.R. LUNSHOF, "De ontwikkeling naar een Europees burgerschap", in M.C. BURKENS en H. KUMMELING (ed.), *E.G. en grondrechten. Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*, Utrecht, Instituut voor Staats- en Bestuursrecht, 1993, 189-218; J.L. QUERMONNE, "Citoyenneté et nationalité européenne. Problèmes et perspectives", in P. MAGNETTE (ed.), *De l'étranger au citoyen*, Brussel, De Boeck, 1997, 25; F. DELPEREE, "De la commune à l'Europe. L'émergence d'une citoyenneté multiple", in P. MAGNETTE, *l.c.*, 144.

<sup>29</sup> Dit gebeurt vandaag reeds in beperkte mate door nationaliteit en verblijfsstatuut steeds nauwer op elkaar te laten aansluiten: zie o.m. Resolutie E.P. over de toestand van de grondrechten in de Europese Unie in 2000, 2000/2231 (INI).5 juli 2001, punt 63: aanbeveling om de naturalisatieprocedure te versoepelen zodat inwoners van buitenlandse herkomst die dat wensen een volwaardig burgerschap krijgen.

<sup>30</sup> C. WITHOL DE WENDEN, "La dimension européenne des nouvelles lois françaises sur l'immigration et la citoyenneté", *Revue des affaires européennes* 2000, 92; H. VERSCHUEREN, "De nationaliteit van een lidstaat als sleutel tot het Europees burgerschap", (noot onder H.v.J. 20 februari 2001), *T. Vreemd.* 2001, 107; M.C. FOBLETS, "Een nieuw nationaliteitsrecht? Enkele besluiten", in M.C. FOBLETS, R. FOQUE en M. VERWILGHEN (2002), 569.

<sup>31</sup> Int. Ger. 6 april 1955 (arrest Nottebohm), *Rec.* 1955, nr. 4, 20.

van belang om na te gaan, in een eerste stap in welke mate de nationale soevereiniteit inzake nationaliteitsrecht wordt begrensd, en in een tweede stap in hoeverre het in het licht van het gelijkheidsbeginsel nog wenselijk is om nationaliteit als criterium van onderscheid te hanteren<sup>32</sup>.

## B. HET NATIONAALRECHTELIJKE VERBOD VAN DISCRIMINATIE OP GROND VAN NATIONALITEIT

15. In een eerste toegangspoort hebben we de draagwijdte nagegaan van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel van art. 10 G.W. en het non-discriminatiebeginsel van art. 11 G.W., met een bijzondere aandacht voor hun invloed op het interne familierecht.

Niet alleen Belgen genieten deze grondrechten. Dat art. 10 en 11 G.W. eveneens toepassing vinden op vreemdelingen, blijkt uit de samenlezing van deze artikelen met art. 191 G.W.: *“Iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, geniet de bescherming verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen”*<sup>33</sup>.

De vermelding in de laatste zinsnede dat bij (formele<sup>34</sup>) wet kan worden afgeweken van het principe van gelijke behandeling, geeft evenwel aan dat het gelijkheidsbeginsel t.a.v. vreemdelingen een beperktere draagwijdte heeft dan ten aanzien van Belgen onderling<sup>35</sup>. Een afwijking van het gelijkheidsbeginsel lijkt

<sup>32</sup> Een rechtvaardiging van een verschillende behandeling op grond van nationaliteit rust bijgevolg steeds op wankelende fundamentele. Het onderscheid binnen het onderscheid, met name de mogelijkheid of onmogelijkheid om een bepaalde nationaliteit te verwerven, kan immers niet worden getoetst. Ook de (on)mogelijkheid om stabiel verblijf te verwerven, kan weliswaar niet worden getoetst aan het gelijkheidsbeginsel, tenzij mogelijk in vergelijking met andere categorieën van vreemdelingen (cf. o.m. Arbitragehof nr. 61/94, 14 juli 1994, B.S. 9 augustus 1994, R.B.D.C. 1994, 241, noot B. BLERO, *Rev. dr.* 1994, 447, noot V. LEMAIRE, J.L.M.B. 1995, 1396, noot D. RENDERS, T. *Vreemd.* 1994, 188, noot M. VAN DE PUTTE; Arbitragehof nr. 4/96, 9 januari 1996 (prej. vr.), B.S. 27 februari 1996, T. *Vreemd.* 1995, 389, noot L. DENYS). M.b.t. het verblijfs criterium kunnen we evenwel twee verzachtingen aanhalen. Enerzijds staat de materie van het verblijfsrecht meer open voor een inwerking van mensenrechten dan het nationaliteitsrecht, via de bescherming van gezinsleven en huwelijk. I.t.t. verblijf is nationaliteit geen vereiste om de fundamentele rechten die tot op vandaag bescherming genieten, effectief beschermd te zien. Een aanknoping bij het verblijfsstatuut biedt o.i. dus alvast betere garanties alvast inzake voorspelbaarheid en controleerbaarheid. Anderzijds is het verblijf in het licht van de huidige mobiliteit een pertinenter criterium.

<sup>33</sup> Zie ook Arbitragehof nr. 25/90, 5 juli 1990, *Rev. dr. étr.* 1991, 29, noot J.-P. LAGASSE, R.C.J.B. 1991, 622, noot R. ERGEC; Arbitragehof nr. 20/93, 4 maart 1993, B.S. 25 maart 1993, T. *Vreemd.* 1993, 14, noot M.-CL. FOLETS, *Rev. dr. étr.* 1993, 28, noot M.-CL. FOLETS, *Jaarboek Mensenrechten* 1993-94, 334, noot.

<sup>34</sup> Bij K.B. kan niet in een uitzondering worden voorzien. Dat blijkt uit het prefix ‘bij’ dat, in tegenstelling tot het voorvoegsel ‘krachtens’, slechts naar een materiële wet verwijst: o.m. impliciet (zonder extra beklemtoning wordt verwezen naar een afwijking bij ‘formele wet’): J. THEUNIS, “Veilige landen zijn niet gelijk dan andere. Het Arbitragehof vernietigt de 2x5%-regel van de Vreemdelingenwet”, noot onder Arbitragehof 4 maart 1993, T.B.P. 1994, 75.

<sup>35</sup> Dit werd bevestigd door o.m. R.v.St. nr. 28.277, 29 juni 1987, *Arr. R.v.St.* 1987, m.b.t. fiscaliteit; R.v.St. nr. 41.074, 18 november 1992, R.A.C.E. 1992, m.b.t. de terugwijzing en uitzetting (art. 21 Vreemdelingenwet laat toe dat bepaalde vreemdelingen gemakkelijker uitzetbaar zijn dan andere); R.v.St. nr. 38.363, 19 december 1991, *Arr. R.v.St.* 1991 (art. 52 Vreemdelingenwet laat

minder uitzonderlijk te worden bevonden: de grondwetgever heeft de mogelijkheid ingecalculeerd. De wetgever lijkt hieruit te hebben afgeleid dat een afwijking tevens gemakkelijker gerechtvaardigd kan worden. Economische overwegingen vinden vandaag alvast meer doorgang in het vreemdelingendiscours dan in andere rechtsdomeinen<sup>36</sup>.

**16.** Wijkt een wet af van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel, door vreemdelingen (en hun goederen) anders te behandelen dan Belgen, dan moeten niettemin de klassieke toetsingscriteria voor de rechtvaardiging van de afwijking worden toegepast<sup>37</sup>. Een verschil in behandeling toestaan betekent immers nog niet dat discriminatie wordt geduld<sup>38</sup>. Na twee tegenstrijdige arresten in de materie<sup>39</sup>, heeft het Arbitragehof dit principe systematisch bevestigd<sup>40</sup>. De gelijkheidstoets vloeit noodzakelijk voort uit het beginsel van de sociale en democratische rechtsstaat. Dat beginsel wordt door internationale verdragen, zoals het E.V.R.M. en het I.V.B.P.R., en door rechtspraak die naar aanleiding van deze verdragen is ontstaan, beschouwd als fundament van ons recht. Het is ondenkbaar dat de grondwetgever zou hebben toegelaten dat een dermate fundamenteel beginsel bij wet zou kunnen worden onderuitgehaald. De grondwet

---

toe dat aan vreemdelingen, in tegenstelling tot aan Belgen, een bevel om het grondgebied te verlaten wordt afgeleverd); R.v.St. nr. 33.825, 6 september 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1294, noot P.H., m.b.t. het recht op verplicht en kosteloos basisonderwijs (Art. 13 ECOSOC-Verdrag en art. 2, prot. 14 bij E.V.R.M. waarborgen het recht op onderwijs zonder onderscheid naar nationaliteit of welstand, tenzij dit onderscheid objectief en redelijk is verantwoord). Zie ook: W. WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *R.C.D.I.P.* 1963, 207: de verschillende behandeling van onderdanen en vreemdelingen komt zo ruim voor dat het bestaan van een internationale gewoonte die hun wettigheid erkent, moet worden aangenomen.

<sup>36</sup> Zie bv. de Arbitragehofrechtspraak m.b.t. O.C.M.W.-steun voor kandidaat-geregulariseerden.

<sup>37</sup> M. BOSSUYT, "Het Arbitragehof en de opschortingsmogelijkheid door de Raad van State van de bevestigende beslissingen van de Commissaris-Generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen", in K. DE FEYTER, M.-CL. FOBLETS e.a. (1995), 78-79; K. RIMANQUE, "Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?", in K. DE FEYTER, M.-CL. FOBLETS e.a. (1995), 283; M.C. FOBLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België. Rechtsontwikkeling zonder richtsnoer", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 193.

<sup>38</sup> M.-CL. FOBLETS, *l.c.*, 195, verwijst hiervoor naar de verklaring van het Mensenrechtencomité van 22 juli 1986 dat het ontbreken van een expliciete vermelding van nationaliteit als verdacht discriminatie-criterium in art. 26 I.V.B.P.R., geen afbreuk doet aan een mogelijke kwalificatie als dusdanig. Foblets stelt bovendien: "De vanzelfsprekendheid van nationaliteit als aanknopingspunt voor achterstelling in de toedeling van burgerlijke en politieke rechten (en plichten) is dan ook in het licht van het door de VN-pacten gegarandeerd gelijkheidsbeginsel niet meer gegeven. Het feit dat de interne wetgever in de grondwet de bevoegdheid desalniettemin behoudt onderscheid naar nationaliteit te maken zou voortaan wel eens kunnen betekenen dat het onderscheid naar nationaliteit, indien het rechtens wordt behouden - tenzij het gebaseerd is op een zakelijke en redelijke grond - onrechtmatig c.q. kennelijk onredelijk is".

<sup>39</sup> O.m. Arbitragehof nr. 51/94, 29 juni 1994, *B.S.* 14 juli 1994, stelt in overweging B.3 dat vreemdelingen zich slechts op de beginselen kunnen beroepen op de dubbele voorwaarde dat ze zich op het Belgisch grondgebied bevinden en dat de wet geen uitzondering heeft gemaakt wat hen betreft. Impliciet bepaalde het Arbitragehof aldus dat het onderscheid tussen Belgen en vreemdelingen zou ontsnappen aan een beoordeling op grond van het gelijkheidsbeginsel.

<sup>40</sup> Arbitragehof nr. 61/94, 14 juli 1994, *B.S.* 9 augustus 1994, *R.B.D.C.* 1994, 241, noot B. BLERO, *Rev. rég. dr.* 1994, 447, noot V. LEMAIRE, *J.L.M.B.* 1995, 1396, noot D. RENDERS, *T. Vreemd.* 1994, 188, noot M. VAN DE PUTTE; Arbitragehof nr. 4/96, 9 januari 1996 (prej. vr.), *B.S.* 27 februari 1996, *T. Vreemd.* 1995, 389, noot L. DENYS.

laat weliswaar afwijkingen toe. Deze dienen evenwel gerechtvaardigd te worden. Niet elk wettelijk onderscheid in rechtsbescherming tussen Belgen en vreemdelingen kan gelegitimeerd worden door een beroep op art. 191 G.W. Elk onderscheid tussen Belgen en vreemdelingen dat weliswaar wettelijk is, maar niet objectief en redelijk verantwoord, dient te worden vernietigd door het Arbitragehof<sup>41</sup>.

17. Uit de bepaling “*iedere vreemdeling*” in art. 191 G.W. blijkt bovendien dat het artikel geen grondwettelijke grondslag kan verlenen aan een willekeurig onderscheid tussen vreemdelingen *onderling*. Het Arbitragehof bevestigde in het 2x5%-arrest<sup>42</sup> dat ook een verschil in behandeling tussen niet-Belgen onderling moet kunnen worden gerechtvaardigd in het licht van art. 10 en 11 G.W. Het betreffende arrest wees meteen ook uit dat een verbod van discriminatie niet steeds in het voordeel van de betrokken partijen resulteert: *in casu* werd de ongelijkheid een halt toegeroepen door de regeling uit te breiden tot alle rechtsonderhorigen<sup>43</sup>.

18. Gezien de ruime mogelijkheid waarin het recht aldus, ondanks meerdere discriminatieverboden, voorziet om vreemdelingen en Belgen anders te behandelen, resulteert een soepeler nationaliteitsrecht onbetwistbaar in een formeel gelijke behandeling van steeds meer rechtsonderhorigen. Door de verwerving van de Belgische nationaliteit te versoepelen wordt aan vreemdelingen a.h.w. een correctie op art. 191 G.W. geboden. De vraag is evenwel of het nationaliteitsrecht het meest aangewezen middel is om gelijke behandeling van geïntegreerde vreemdelingen te verwezenlijken. De vergelijkbaarheid van situaties of personen ligt in een gemeenschappelijk kenmerk. De recente evolutie van ons nationaliteitsrecht wijst ondubbelzinnig uit dat de klemtoon steeds meer komt te liggen op de verblijfsduur. Ook het verblijfsrecht zelf biedt vreemdelingen een sterkere bescherming naarmate dat verblijf langer aanhoudt. De verbondenheid met het Belgische recht wordt m.a.w. in het geheel van het recht steeds exclusiever gemeten a.h.v. de objectieve grond van het verblijf.

<sup>41</sup> Arbitragehof nr. 4/96, 9 januari 1996 (prej. vr.), B.S. 27 februari 1996, *T. Vreemd.* 1995, 389, noot L. DENYS.

<sup>42</sup> Arbitragehof nr. 20/93, B.2.4., 4 maart 1993, B.S. 25 maart 1993, *T. Vreemd.* 1993, 21, noot M.-CL. FOBLETS, *T.B.P.* 1994, 73, noot J. THEUNIS, *F. Rechtspr.* 1993, afl. 4, 3, noot M.-CL. FOBLETS, *Rev. dr. étr.* 1993, 28, noot M.-CL. FOBLETS, *Jaarboek Mensenrechten 1993-94*, 334, noot: m.b.t. de regel in het vluchtelingenrecht die het vermoeden instelde dat een asielerzoek kennelijk ongegrond was wanneer minder dan 5% van het totaal aantal kandidaat-vluchtelingen in België afkomstig is uit het land van de betrokken verzoeker, en daarvan nog eens minder dan 5% effectief wordt erkend.

<sup>43</sup> De reactie van de wetgever illustreert dat het gelijkheidsbeginsel slechts een resultaatsverbintenis inhoudt, met vrije keuze van de middelen: zie eerste toegangspoort (deel 2A, randnr. 25).



## HOOFDSTUK 2. DE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET RECHT IN VRAAG GESTELD

### INLEIDING

19. Nationaliteit blijft een centrale rol vervullen in ons hele rechtsstelsel, rechtstreeks of onrechtstreeks<sup>44</sup>. Nationaliteit vormt indirect<sup>45</sup>, via het E.U.-recht, de voornaamste factor om een persoon tot het verblijf toe te laten. Bepaalde rechtsaanspraken zijn slechts toegankelijk voor Belgen (zoals de politieke rechten); andere worden slechts verruimd tot bepaalde categorieën van vreemdelingen, vaak opnieuw op grond van hun nationaliteit (bv. het verblijf, een aanspraak op het leefloon<sup>46</sup>).

20. In meerdere onderzoeken is evenwel reeds de vraag naar voren geschoven in hoeverre de nationaliteit nog relevant is als criterium voor participatie aan ons rechtsverkeer<sup>47</sup>. De laatste wijziging<sup>48</sup> van de nationaliteitswet heeft deze vraag nog aangescherpt. De voorwaarden waaronder de Belgische nationaliteit vandaag kan worden verkregen, zijn dermate versoepeld dat een onrechtstreekse band met België in sommige gevallen<sup>49</sup> volstaat om de Belgische nationaliteit te verwerven. De criteria om Belg te worden door naturalisatie zijn volledig geobjectiveerd. Integratie noch integratiebereidheid worden nog getoetst<sup>50</sup>. Ook al behoudt de procedure de uiterlijke kenmerken van een

<sup>44</sup> Cass. 30 juni 1987, *R.W.* 1987-88, 912: vreemdelingen zijn al degenen die de Belgische nationaliteit niet bezitten; R. PLENDER, *International migration law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 9-10; H. VERSCHUEREN, "Nationaliteit en gelijkberechtiging", *Tijdschr. Soc.* 1990, 538-539; H. RITTSTIEG, "Staatsangehörigkeit und Minderheiten in der transnationalen Industriegesellschaft", *N.J.W.* 1991, 1.383-1.390.

<sup>45</sup> Het recht op vrij verkeer is voorbehouden aan EER-onderdanen en de familieleden die hen kunnen vervoegen. De familieband is dus eveneens een belangrijke factor, maar komt slechts in tweede orde aan bod, na de voorwaarde dat de derdelander is gehuwd of afstamt van een EER-onderdaan.

<sup>46</sup> Wet van 26 mei 2002 betreffende het recht op maatschappelijke integratie en K.B. van 11 juli 2002 houdende het algemeen reglement betreffende het recht op maatschappelijke integratie, *B.S.* 31 juli 2002 (zie ook K.B. van 11 juli 2002 tot opheffing van het koninklijk besluit van 9 februari 1999 genomen tot uitvoering van artikel 2, § 5, eerste lid, van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum, *B.S.* 31 juli 2002).

<sup>47</sup> B. LOUIS, "Odyssée de la nationalité et de la citoyenneté en Belgique", in M.C. FOBLETS e.a. (2002), *l.c.*, 477-504 en "Une distinction nécessaire dans l'Etat-nation: la Communauté-nation et l'Etat-citoyenneté", *R.I.E.J.* 1993, 23-52. Het regeerprogramma van de regering Martens van 5 april 1979 bevatte reeds de verhelderende woorden: "L'intégration des immigrés signifie qu'ils doivent être invités à participer à notre vie sociale et culturelle, sans pour autant leur enlever la possibilité de conserver leur culture propre et leurs traditions".

<sup>48</sup> Voor een overzicht van de wijzigingen die de nationaliteitswet sinds 1984 heeft doorgemaakt: H. VERSCHUEREN, "De ontwikkelingen in de Belgische nationaliteitswetgeving belicht vanuit het Europese en internationale recht", in K. DEFYTER, M.-CL. FOBLETS en B. HUBEAU (1995), 239-263; M.C. FOBLETS, "Vreemdelingenwet anno 2000. Een nieuw beleid of nieuwe illusies?", *Pan.* 2000, 397-410, met verwijzing naar andere bijdragen in noot 3; F. CAESTECKER en A. REA "De Belgische nationaliteitswetgeving in de twintigste eeuw. Een terugkeer naar de zelfbewuste natie of het koesteren van wantrouwen?", in M.C. FOBLETS e.a. (2002), *l.c.*, 69-118.

<sup>49</sup> Bv. de loutere afstamming van een Belg: art. 12bis § 1, 2° W.B.N.

<sup>50</sup> De wetgever gaat ervan uit dat de wil tot participatie een voldoende bewijs biedt van integratie:

discretionaire begunstiging, de naturalisatie lijkt in de feiten een recht te zijn geworden, mits een minimale verblijfsduur kan worden voorgelegd<sup>51</sup>. Participatie wordt vandaag m.a.w. nog slechts ondergeschikt aan een zekere verblijfsduur en een loutere verklaring van de wil om te participeren. De nationaliteit wordt niet langer gekoppeld aan een gevoel van culturele verbondenheid<sup>52</sup>.

**21.** Men zou kunnen stellen dat een betere afstemming van het nationaliteitsrecht op de centrale rol van verblijf een positieve evolutie is. Gezien de toegenomen mobiliteit valt voor velen de intrinsieke band met de nationaliteit na verloop van tijd weg. We kunnen redelijkerwijze veronderstellen dat deze band zich zal verleggen naar de rechtsorde van het land waar de betrokkene gedurende een zekere tijd verblijft, zeker als hij zich er vestigt.

Voor het I.P.R. zijn de recente evoluties binnen de nationaliteitswet in dat opzicht niet nadelig<sup>53</sup>. Ze zorgen ervoor dat in de praktijk de nationaliteitsaanknoping en de aanknoping bij de wet van de gewoonlijke verblijfplaats vaker zullen gelijklopen, rekening houdend met de vaststelling dat veel vreemdelingen effectief gebruik hebben gemaakt van de versoepelde nationaliteitsregeling om Belg te worden<sup>54</sup>. We stemmen evenwel in met de opvatting van meerdere auteurs dat het niet wenselijk is om het nationaliteitsrecht te hanteren als

---

*Parl. St. Kamer 1999-2000, zitting 34, 18 januari 2000, 31-32: "De wetsontwerpen tot wijziging van de Belgische nationaliteit passen in de maatschappelijke visie die in het regeerakkoord van 7 juni 1999 is weergegeven. Het is een visie die de klemtoon legt op een positieve instelling, waarbij slechts corrigerend wordt opgetreden tegen hen die misbruik maken van de positieve verwachtingen". Hoe verhouden zich evenwel beide noties? Is participatie niet een noodzakelijkheidsvoorwaarde voor integratie, zodat er zonder het eerste nog geen sprake kan zijn van integratie?*

<sup>51</sup> Hierover: S. D'HONDT, "Het integratiecriterium: hoe is de toets aan de integratie geregeld in de wetgeving van de Europese lidstaten?", in M.-C. FOBLETS e.a. (2002), *I.c.*, 245-294; B. RENAULD, "Cent fois sur le métier, remets ton ouvrage... Analyse critique de la loi du 1er mars 2000", in M.-C. FOBLETS e.a. (2002), *I.c.*, 124; M.-C. FOBLETS, "Een nieuw nationaliteitsrecht? Enkele besluiten", in M.-C. FOBLETS e.a. (2002), *I.c.*, 557. Enkele cijfergegevens: het aantal naturalisaties in 1998 en 1999 volgens het land van geboorte van de betrokkene: 4.056 geboren in Marokko in 1998 en 2.768 in 1999; 1.778 geboren in Turkije in 1998 en 885 in 1999, 975 geboren in Kongo in 1998 en 8781 in 1999; 494 geboren in Joegoslavië in 1998 en 297 in 1999; 511 geboren in België in 1998 en 248 in 1999; 340 geboren in Algerije in 1998 en 194 in 1999; 224 geboren in Rwanda in 1998 en 177 in 1999; 197 geboren in Roemenië en in 1999: 89; 193 geboren in Tunesië in 1998 en 106 in 1999; 219 personen geboren in Iran in 1998 en 108 in 1999.: Parl. St. Kamer, 1 februari 2000 (Vr. nr. 149 B. Laeremans), *Rev. dr. étr.* 2000, 447. Met de Nationaliteitswet van 2000 is het aantal naturalisaties tijdelijk toegenomen (een 13.000-tal in 2000 tegenover bijna 10.000 in 1999). Het aantal ligt evenwel lager dan dat n.a.v. de vorige herziening in 1998. De stijging van het totale aantal nieuwe Belgen is evenwel markanter: 61.980 in 2000 tegenover 24.196 in 1999 en 34.034 in 1998). Bron: Nationaal Instituut voor de Statistiek (N.I.S.). F. CAESTECKER en A. REA, *I.c.*, 110, noot 79, voorspellen voor 2001 een lichte daling.

<sup>52</sup> B. LOUIS, "Une distinction nécessaire...", *I.c.*, 41-43, spiegelt zijn voorstel om dergelijke ontkoppeling ook in het recht door te voeren aan de huidige Belgische staatsstructuur: de culturele identiteit, ingegeven vanuit een personeel beginsel, is de basis voor een Vlaamse, Waalse of Duitstalige 'nationaliteit'. De drie worden overkoepeld door een federaal Belgisch burgerschap, in eerste instantie gedetermineerd door een territoriaal beginsel: de plaats van verblijf als blijk van het bestaan van een 'communauté de destinée'. Op die manier kunnen de twee begrippen nationaliteit en burgerschap naast elkaar blijven bestaan.

<sup>53</sup> Zie ook J. ERAUW, "De nationaliteit en de toepassing van de nationale wet van de persoon", in M.-C. FOBLETS e.a. (2002), *I.c.*, 426, die evenwel vervolgt in de lijn van onze gedachtegang.

<sup>54</sup> Cf. *supra*, noot 51, de verwijzing naar cijfers van het N.I.S.

instrument om eenzijdige doelstellingen te verwezenlijken, die door hun aard afbreuk doen aan enerzijds de intrinsieke waarde van nationaliteit, anderzijds de multifunctionele rol die de nationaliteit vandaag in ons recht vervult.

## A. BEDENKINGEN OMTRENT DE INTRINSIEKE WAARDE VAN NATIONALITEIT

**22.** De nationaliteit is een relatief jonge notie, die dateert uit de tweede helft van de negentiende eeuw. Ze is de vrucht van de nationalistische strijd die is geleverd om de eigen identiteit van een gemeenschap internationaal erkend te zien. Uit een territoriale entiteit werd een natie geboren, waarvan de uniciteit bestond uit een unieke samenhang van een gemeenschappelijke taal, religie, gemeenschapsdenken, kortom cultuur in de ruime zin van het woord, en een 'communauté de destiné', een gemeenschappelijke bestemming<sup>55</sup>.

**23.** Vandaag evenwel weerspiegelt de nationaliteit niet langer het natiegevoel. Nationaliteit wordt steeds gemakkelijker verkregen, op steeds objectievere gronden. Wat de mensen aan eenzelfde land, 'natie' bindt, wordt steeds onduidelijker. Het belang van deze vraag is bovendien lange tijd op de achtergrond geschoven. Nationalisme werd eerst een overbodige, later zelfs meermaals een ongehoorde denkpiste. Onder invloed van de toegenomen migratie groeide het besef dat een gemeenschap een evenwicht van gemeenschapsdenken en ruimte voor individueel denken nodig heeft. De noties 'integratie' en 'integratiebevordering' deden hun intrede. Opdat een gemeenschap kan functioneren, moet eenieder er optimaal aan participeren. Daartoe moeten de nodige kansen worden geboden. Een integratiebeleid werd en wordt nog steeds verder ontwikkeld.

Ten behoeve van die ontwikkeling moet evenwel zichtbaar blijven wie nood heeft aan dergelijk beleid. Ook toen de verwerving van de Belgische nationaliteit wél nog enigszins aan de notie 'integratie' was gekoppeld, werd reeds meermaals opgeworpen dat de omvang van de integratieproblematiek werd onderschat door toedoen van vertekende cijfers die slechts rekening hielden met personen van buitenlandse nationaliteit. Het verwerven van de Belgische nationaliteit volstaat niet steeds om daadwerkelijk als een volwaardige Belgische burger te participeren aan de samenleving. Daartoe ontbreken soms de kansen<sup>56</sup>. Met de versoepelde nationaliteitswetgeving, die zowel de integratie-eis als zijn afgezwakte vorm, de vereiste van integratiewil, laat vallen, en vreemdelingen via naturalisatie toegang verleent tot de Belgische nationaliteit, alvorens ze in het

<sup>55</sup> B. LOUIS, "Une distinction nécessaire...", *I.c.*, 35. Zie ook A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk recht*, Gent, Story-Scientia, achtste druk, 1985, nr. 47: "nationaliteit betekent: band van afhankelijkheid van een persoon t.a.v. een bepaalde staat".

<sup>56</sup> De oorzaken kunnen vanzelfsprekend zowel in het leefmilieu en in de eigen persoon, als in de Belgische samenleving zijn gelegen. Kennis van die oorzaken is belangrijk, aangezien dat de detecteerbaarheid van integratieproblemen vergroot. Belangrijker nog zijn evenwel de remedies die kunnen worden geboden. Op welke wijze kan het integratiebeleid eenieder bereiken die het nodig heeft?

verblijfsrecht in aanmerking komen voor een recht op vestiging<sup>57</sup> en in het arbeidsrecht op een verruimde toegang tot de arbeidsmarkt, dreigt de vertekening van de integratieproblematiek nog toe te nemen. Aangezien geen enkele toets meer gebeurt, is de vroegere link tussen nationaliteit en integratie weggefallen. Daarmee is aan de nationaliteitsstatistieken definitief elke signaalfunctie ontnomen. Een belangrijk knipperlicht voor de overheid om een gepast integratiebeleid te voeren, is op non-actief gezet.

24.B. LOUIS stelt voor om het *nationale* behoren – “l'appartenance nationale à la communauté-nation” – dat de persoonlijke sfeer betreft, te onderscheiden van het *burgerlijk* behoren – “l'appartenance citoyenne à l'état-citoyenneté” – dat betrekking heeft op politieke participatie<sup>58</sup>, en o.i. dus tevens op de participatie aan het geheel van de rechtsorde, ook inzake familierecht. Op grond van deze tweedeling tussen persoonlijke en maatschappelijke verbondenheid met een Staat, zou nationaliteit kunnen worden herleid tot een strikt persoonlijke identiteitsfactor. Door aan het behoud van de oorspronkelijke nationaliteit niet langer fundamentele ontzeggingen betreffende het dagdagelijkse functioneren in een bepaalde samenleving te koppelen, zou de volle vrijheid worden gegeven aan het wilselement. Deze vrijheid zou toelaten om op elk ogenblik een correct beeld te krijgen van de culturele en godsdienstige beleving van de betrokkene.

De twee begrippen nationaliteit en burgerschap<sup>59</sup> worden ook in het recht beter

<sup>57</sup> Drie jaar wettig verblijf en recht op verblijf voor onbepaalde duur op het ogenblik van de aanvraag *versus* vijf jaar verblijf voor onbepaalde duur (behoudens voor bevoorrechte vreemdelingen). In Nederland is de vereiste verblijfsduur voor naturalisatie bepaald op vijf jaar. Het politieke voorstel om deze vereiste te verstrengen tot 10 jaar is door H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, “Verdubbeling van de algemene naturalisatietermijn”, *M.R.* 2002, 261-262, afgedaan als strijdig met de Tamperedoelstelling om derdelanders net na langdurig verblijf (vanaf vier of vijf jaar) een sterkere rechtspositie toe te bedelen.

<sup>58</sup> B. LOUIS, “Une distinction nécessaire...”, *l.c.*, 41-43.

<sup>59</sup> Over deze notie en de tanende invloed van het criterium van de nationaliteit: o.m. P. BAEHR en G. VAN HOOFF, *Europa in de steigers. Van Gemeenschap tot Unie: burgerschap en mensenrechten*, Utrecht, Paper 25 jaar Europa-instituut, 1992, 1-2; F. DELPEREE, “De la commune à l'Europe. L'émergence d'une citoyenneté multiple”, in: P. MAGNETTE (ed.), *o.c.*, 144; M.C. FOBLETS en B. HUBEAU, “Burgerschap en inburgering als nieuwe integratieconcepten?”, in B. HUBEAU en M.C. FOBLETS (ed.), *Nieuwe burgers in de samenleving? Burgerschap en inburgering in België en Nederland*, Leuven, Acco, 1997, I-XV; C.A. GROENENDIJK, “Juridische emancipatie van migranten in West-Europa”, *M.R.* (Ndl.) 1986, 115; D. JUTEAU, “Le multiculturalisme et l'idée moderne de citoyenneté”, in I. SIMON-BAROUH (ed.), *Migrations internationales et relations interethniques. Recherche, politique et sociétés*, Paris, L'Harmattan, 1999; W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995; B. LOUIS, *l.c.*; H.R. LUNSHOF, “De ontwikkeling naar een Europees burgerschap”, in M.C. BURKENS en H. KUMMELING (ed.), *E.G. en grondrechten. Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*, Utrecht, Instituut voor Staats- en Bestuursrecht, 1993, 21/8; X., *Allochtonenbeleid*, Den Haag, Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid, 1989, 94-95; X., *Gelijk geregeld. Over de rechtspositie van duurzaam in Nederland verblijvende vreemdelingen*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1984, 17-40; A. ODE en M. BRINK, “Evaluatie effectiviteit Wet Inburgering Nieuwkomers. Verscheidenheid in integratie”, *M.R.* 2002, 154-158; J.L. QUERMONNE, “Citoyenneté et nationalité européenne. Problèmes et perspectives”, in P. MAGNETTE (ed.), *o.c.*, 25; H. VERSCHUEREN, “Migranten tussen hoop en vrees in het eengemaakte Europa”, *Panopticon* 1991, 152-153; H. VERSCHUEREN, “Nationaliteit en gelijkberechtiging”, *Tijdschr. Soc.* 1990, 549-552.

van elkaar gescheiden<sup>60</sup>. Daarbij is het irrelevant of we nog steeds denken in de oorspronkelijke logica "l'appartenance justifie la participation" - nationaliteit geeft recht op politieke participatie (burgerschap) - dan wel of we bv. met migrantenstemrecht/plicht die logica mettertijd zullen omkeren in "la participation justifie l'appartenance" - burgerschap kan uitmonden in nationaal, gevoelsmatig behoren. Vandaag reeds wijzen meerdere tekenen in de richting van dergelijke omkering. De evolutie binnen het nationaliteitsrecht naar een loutere verblijfsgerichtheid is ingegeven door het vertrouwen dat de bereidheid om de nationaliteit aan te nemen (om te participeren), getuigt van voldoende wil om zich te integreren (om te behoren). Ook de pleidooien voor een migrantenstemrecht<sup>61</sup>

<sup>60</sup> In dezelfde zin: R. DE LANGE, "paradoxen van Europees burgerschap", *Recht en kritiek* (Ndl.) 1995, 295; H.R. LUNSHOF, *I.c.*, 217.

<sup>61</sup> Alvast realiseerbaar gemaakt door art. 8, vierde lid G.W., en het voorwerp van: Voorstel van wet van 21 november 2001 tot wijziging van de gemeentekieswet en de nieuwe gemeentewet, met betrekking tot het stemrecht en de kiesbaarheid bij gemeenteraadsverkiezingen van onderdanen van lidstaten van de Europese Unie en van de andere staatsburgers van buitenlandse nationaliteit die langer dan vijf jaar in België verblijven, *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2/954; Voorstel van wet van 20 juli 2001 tot wijziging van de gemeentekieswet en de nieuwe gemeentewet, met betrekking tot het stemrecht en de kiesbaarheid van niet-Belgen bij gemeente- en provincieraadsverkiezingen, *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2/880 (t.a.v. elke onderdaan van een andere lidstaat van de Europese Unie en elke vreemdeling die sinds ten minste drie jaar in België verblijft); Voorstel van wet van 30 november 2000 tot toekenning van het actief en passief kiesrecht bij de gemeente- en provincieraadsverkiezingen aan de buitenlandse onderdanen, *Parl. St. Senaat* 2000-2001, nr. 2/587 (t.a.v. alle gevestigde vreemdelingen); Voorstel van wet van 13 oktober 2000 betreffende de uitbreiding van het gemeentelijk stemrecht en het recht om verkozen te worden tot de niet-Europese onderdanen die in België verblijven, *Parl. St. Senaat* 2000-2001, nr. 2/548 (t.a.v. elke onderdaan van een andere lidstaat van de Europese Unie en elke vreemdeling die sinds ten minste vijf jaar in België verblijft en is gevestigd). Ook Aanbeveling 1082 (1988) "on the right of permanent residence for migrant workers and members of their families", nodigt de Lidstaten ertoe uit om vreemdelingen met recht op vestiging het stemrecht en recht om verkozen te worden te verlenen voor de plaatselijke verkiezingen (Tekst aangenomen door het 'Standing Committee, acting on behalf of the Assembly', 30 juni 1988, *Doc.* 5904, Verslag van het Legal Affairs Committee, Rapporteur: Mr Altug).

Tussen de argumenten die voor migrantenstemrecht worden aangehaald, figureren o.m. bedenkingen in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Zo verwijst R. DE LANGE, "Burgerschap en inkleuring: 'The language of the master'", in M.C. FOBLETS, B. HUBEAU en S. PARMENTIER, *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht*, Leuven, Acco, 1997, 165, naar de Europese burgerschapsidee die volgens zijn eigen uitgangspunten (het EU-verdrag) gefundeerd is in de mensenrechten. Hoe zijn deze universele rechten verenigbaar met de uitsluiting van derdelanders van de voordelen van het burgerschap? In dezelfde zin: C.A. GROENENDIJK, "Juridische emancipatie van migranten in West-Europa", *Migrantenrecht* (Ndl.) 1986, 118. Zie ook over deze materie: P. D'ARGENT, "Le droit de vote et l'éligibilité aux élections municipales et européennes comme attribut de la citoyenneté de l'Union", *Ann. Dr. Iouv.* 1993, 221; L. BRUNO, "La participation politique des personnes d'origine immigrée. A propos de quelques propositions de loi et des projets de 'constitution' flamande et wallone", in X., *Wallonie, terre de couleurs*, Charleroi, Institut Jules Destrée, 1998, 74; F. DELPEREE, *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, 1995. Migrantenstemrecht is reeds ingevoerd in Nederland, Zweden en Ierland. Hierover o.m. BIBLIOTHEEK VAN HET PARLEMENT, *Le droit de vote des étrangers/Het stemrecht van vreemdelingen*, Reeks Bibliotheek van het Parlement. Documentaire dossiers 20, Brussel, Bibliotheek van het parlement, 1997; L. BRUNO, "La participation politique des personnes d'origine immigrée. A propos de quelques propositions de loi et des projets de 'constitution' flamande et wallone", in X., *Wallonie, terre de couleurs, I.c.*, 74; R. DE LANGE, "Burgerschap en inkleuring: 'The language of the master'", in M.C. FOBLETS, B. HUBEAU en S. PARMENTIER, *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het*

en de pleidooien voor een domiciliebeginselgeleid I.P.R.<sup>62</sup> geven dit signaal.

**25.** De vraag die steeds scherper rijst, is m.a.w. of de nationaliteit niet beter de spiegel kan blijven van de natie, de culturele gemeenschap waartoe een persoon behoort. Wordt het recht op participatie, zowel politiek als burgerrechtelijk, op een andere grond verleend, met name na langdurig verblijf, dan kan de nationaliteit in zekere mate blijven weerspiegelen vanuit welke achtergronden een persoon een bepaalde handeling stelt. Naargelang van de mate waarin een voorliggende rechtsvraag ruimte laat voor een persoonlijke invulling a.h.v. onder meer cultuurgebonden factoren, kan dan alsnog, ondanks een volwaardige participatie in de Belgische samenleving, worden beslist om bepaalde afwijkingen van de Belgische (rechts-)cultuur toe te laten, bv. in het licht van bepaalde religieuze gebruiken, zoals het dragen in het openbaar van een hoofddoek, de afwezigheid van het werk op religieuze feestdagen of de werkweigering op grond van religieuze voorschriften<sup>63</sup>.

**26.** Zoals we reeds aangaven speelt dergelijke gevoelige afweging nog het meest in het familierecht, een rechtstak die door zijn werking in de meest intieme levenssferen is doordrongen door culturele invloeden. Tijdens ons onderzoek zullen we dan ook meermaals nagaan in hoeverre culturele tradities niettemin een plaats kunnen behouden in het familierecht, ondanks de stabiele verblijfspositie van de betrokkene, in het licht van het grondrecht op behoud van de eigen cultuur<sup>64</sup>.

---

*recht*, Leuven, Acco, 1997, 165; F. DELPEREE, *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, 1995; X., *Gelijk geregeld. Over de rechtspositie van duurzaam in Nederland verblijvende vreemdelingen*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1984, 17-40; M.CI. FOBLETS, "Het actief en passief kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen. Uitbreiding tot de niet-Europese onderdanen die in België verblijven?", *T.B.P.* 2002, 104-109; FRANCE. SÉNAT. SERVICE DES AFFAIRES EUROPÉENNES, *Le droit de vote des étrangers aux élections locales dans les pays européens*, Paris, Sénat, 1989; M. GALENKAMP, "Speciale rechten voor minderheden? Een commentaar op Kymlicka's Multicultural Citizenship", *R & K (Ndl.)* 1996, 202-224; B. HUBEAU, "De politieke participatie van en het lokaal stemrecht voor migranten: perspectieven vanuit het Europees burgerschap", *T. Vreemd.* 1995, 223-244; D. JACOBS, *Le droit de vote pour les immigrés: l'écart entre le nombre d'habitants et le nombre d'électeurs aux Pays-Bas et en Belgique: comparaison*, CEPESS Bruxelles, 1999; X., *La participation politique des personnes d'origine étrangère et le droit de vote*, Reeks Nouvelle tribune 17, Brussel, IDI, 1997, 82 p.; M. LEVAUX/CENTRE D'ÉTUDE ET DE DOCUMENTATION COMMUNISTE BRUXELLES, *Droit de vote et d'éligibilité sans distinction de nationalité*, Cahiers marxistes 16, Fondation J. Jacquemotte Bruxelles, 1997, 46 p.

<sup>62</sup> Zie ook de EU-Resolutie van 1994 over de eerbiediging van de rechten van de mens in de Europese Unie, *Pb. C.* 320, 28 oktober 1996, beginsel 36: verzoek om t.a.v. het burgerschap het beginsel 'ius soli' te erkennen inzake immigratie en asiel. Zie ook Toelichting Nederlandse Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht bij Haags verdrag van 1978, in STAATSCOMMISSIE I.P.R., *Geslecteerde adviezen. Naar een afgewogen I.P.R.*, 's-Gravenhage, T.M.C. Asser Instituut, 1995, 31.

<sup>63</sup> In gelijkaardige zin: V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 295.

<sup>64</sup> Dit grondrecht speelt vandaag als argument voor de huidige nationaliteitsaanknopning (zie o.m. H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-IPR*, Deventer, Kluwer, 1985, 22: art. 27 I.V.B.P.R. eist een zekere mate van rechtspluralisme). We merken evenwel op dat niet iedereen het eens is met de stelling als zou de cultuur van de betrokkene exclusief of adequaat worden geuit in de nationaliteitsaanknopning: J. ERAUW, "Tendenzen in het recht van grensoverschrijdende

## B. DE VERWAARLOOSDE MULTIFUNCTIONELE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET HEDENDAAGSE RECHT

### B.1. DE VERWAARLOOZING VAN DE MULTIFUNCTIONELE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET W.B.N.

27. Niet alleen is de rol van nationaliteit als integratiemeter vandaag enigszins achterhaald. Bovendien zijn de recente wijzigingen van het nationaliteitsrecht ingegeven door dermate eenzijdige doelstellingen<sup>65</sup> dat het W.B.N. in zijn huidige constellatie afbreuk doet aan de ruime werking die nationaliteit heeft in en over de rechtstakken heen.

Nationaliteit impliceert niet alleen politieke rechten, maar tevens o.m. een definitief veiliggestelde verblijfsspositie, een verruimd recht op gezinshereniging, een volstrekt gelijke behandeling inzake sociale zekerheid en sociale minimumregelingen, een volwaardige toegang tot de arbeidsmarkt<sup>66</sup> (ook tot

---

personen en families", in X., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving, twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 117. K. RAES, "Naar een lekenstatelijk verzekerde verdraagzaamheid of naar een verzuilde kolonisering van levensbeschouwingen of culturen?" in F. DEMEYERE, *Over pluralisme en democratie: verzuiling en integratie in een multiculturele samenleving*, Brussel, VUBpress, 1993, 125-135, wijst dan weer op het gevaar dat de vreemdeling met de nationaliteitsaanknopning wordt opgesloten in zijn cultuur of behandeld wordt volgens wat het gastland verkeerdelijk denkt dat de cultuur inhoudt. N. HULS en H. STOUT (ed.), *Recht en rechtspluralisme in een multiculturele samenleving*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, menen dat culturele diversiteit reeds voldoende kansen krijgt, bv. via ruime noties als 'belang van het kind' (zie ook R. KOTTING, "Etnische minderheden en internationaal familierecht", A.A. 1981, 591), de notie van de grove belediging bij echtscheiding (zie ook J. DE CEUSTER, "Echtscheiding en scheiding van tafel en bed", in *Comm. Pers.* Bovendien is er de stille vrijheid om in de eigen privésfeer te leven zoals men wil: A. HEYVAERT, "Het gelijkheidsbeginsel in het Belgisch internationaal huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht", *R.W.* 1991-92, 1196; K. RIMANQUE, "Het recht op eerbiediging van het gezinsleven - een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.* 1981-82, 2203. M.C. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België. Rechtsontwikkeling zonder richtsnoer", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 210, haalt tevens aan dat de eerbiediging van het personeel statuut de bescherming op een ander domein kan verzwakken, zoals Cass. 25 november 1991, *J.L.M.B.* 1992, 400, uitwees door via het vooropstellen van een lagere huwbare leeftijd en bijgevolg snellere mogelijkheid tot ontvoogding door het huwelijk, de territoriale werking, ingesteld ter bescherming van alle leden van onze samenleving, van de Belgische schoolplichtregeling teniet te doen. V. VAN DEN ECKHOUT (doct.), 295, herinnert ons eraan dat de nationaliteitsaanknopning niet steunt op eerbied voor de oorspronkelijke cultuur, maar op de doelstelling om tot een internationale beslissingsharmonie te komen.

<sup>65</sup> O.m. Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van de Belgische nationaliteit wat de naturalisatieprocedure betreft, *Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1334/1 (zie ook Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1334/11, 3), getuigt van een eenzijdige doelstelling met zijn verwijzing naar de onvoorwaardelijk centrale rol van het nationaliteitsbeginsel van art. 8 G.W. bij de uitoefening van de diverse politieke rechten. Zie hierover m.b.t. de laatste wijziging aan het W.B.N. o.m. M.C. FOLETS, in M.C. FOLETS e.a. (2002), *I.c.*, 573-574; B. LOUIS, in M.C. FOLETS e.a. (2002), *I.c.*, 481. In andere zin: J.Y. CARLIER, "Pour une politique migratoire humaine, *Ann. Dr. Louv.* 1999, 231, die een versoepeling van de Nationaliteitswet bepleitte met het oog op politieke rechten.

<sup>66</sup> *Versus* de beperkingen in de Wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, *B.S.* 21 mei 1999, en het K.B. van 9 juni 1999 houdende de uitvoering

overheidsbetrekkingen<sup>67</sup>), en een integrale toepassing van het Belgische personen- en familierecht. We staan kort stil bij de gevolgen van nationaliteit voor het verblijfsrecht en het familierecht.

**28.** De verwerving van de Belgische nationaliteit impliceert dat de betrokkene niet langer kan worden uitgezet, ook niet om ernstige redenen van openbare orde<sup>68</sup>. De bepalingen van het verblijfsrecht zijn immers niet langer op hem van toepassing. Deze situatie is onomkeerbaar, tenzij de betrokkene zijn Belgische nationaliteit uit vrije wil weer verliest, m.n. door er afstand van te doen of een andere nationaliteit aan te nemen. Een vervallenverklaring van de Belgische nationaliteit werd vooralsnog slechts uitgesproken t.a.v. landverraders, kort vóór en na de tweede wereldoorlog. Vermoedelijk kan de bepaling in haar huidige lezing niet verruimend worden toegepast op andere situaties van onwaardigheid<sup>69</sup>. Welk gedrag een nieuwe Belg ook aan de dag legt, zijn sanctioneerbaarheid beperkt zich tot die van elke andere Belg.

Mocht het de bedoeling zijn om meer personen tegen uitzetting te beschermen, wat we betwijfelen, dan kan dergelijke evolutie best expliciet op gang worden gebracht, door een aanpassing van art. 21 Vreemdelingenwet<sup>70</sup>, i.p.v. onrechtsteeks – en daardoor minder controleerbaar<sup>71</sup> – via het nationaliteitsrecht, door meer vreemdelingen toe te laten om Belg te worden en hun verblijf ten gevolge daarvan definitief veilig gesteld te zien. De meest aangewezen weg om een verblijfsmaatregel aan te passen is die van de Verblijfswet zelf. Langs deze weg is het bovendien mogelijk om niet alleen meer vreemdelingen *definitief* tegen uitzetting te beschermen, maar tevens om meer *gradaties* van bescherming uit te werken. Daartoe kan de variabele die daar vandaag reeds toe wordt gehanteerd, de variabele van de verblijfsduur<sup>72</sup>, verder worden verfijnd<sup>73</sup>.

---

van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, B.S. 26 juni 1999.

<sup>67</sup> Hierover o.m. C. HOREVOETS, "Nationaliteit als voorwaarde om in aanmerking te komen voor overheidsbetrekkingen", in F. DELPEREE, M.T. GANHÃO en J.C. MOUREAU (ed.), *Contractuele personeelsleden bij regionale overheden*, Brussel, Bruylant, 1998, 233-258. Hierover meer in deel 7.

<sup>68</sup> Art. 3 van het vierde protocol bij het E.V.R.M.

<sup>69</sup> B. LOUIS, in M.C. FOLETS e.a. (2002), *l.c.*, 489-490.

<sup>70</sup> Of op Europees vlak, zoals bv. het Commissievoorstel van Richtlijn betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven (meest recente versie: 15 april 2003, COM(2003) 199 definitief, 2001/0111 (COD). Meer hierover *cf. infra*, deel 2C) bepaalt m.b.t. 'een burger van de Unie of een lid van zijn familie wanneer de betrokkene een duurzaam verblijfsrecht geniet, of een minderjarig familielid': overweging 22 en art. 26.

<sup>71</sup> De nationaliteit kan weliswaar worden geweigerd op grond van ernstige feiten, eigen aan de persoon. Een blanco strafregister biedt evenwel geen waarborgen voor de toekomst, zeker niet wanneer de betrokkene nog niet (lang) in de Belgische rechtsorde verblijft. Ook zal een onderzoek ter zake niet gemakkelijk zijn wanneer de betrokkene tot het ogenblik van zijn aanvraag (hoofdzakelijk) in het buitenland heeft verbleven.

<sup>72</sup> Art. 7, eerste lid, 3° Vreemdelingenwet staat toe dat vreemdelingen met kort verblijf worden teruggewezen wanneer ze geacht worden de openbare orde of de nationale veiligheid te *kunnen* schaden. Art. 20 Vreemdelingenwet stelt daarentegen dat vreemdelingen met machtiging tot verblijf van meer dan drie maanden slechts bij *daadwerkelijke* verstoring kunnen worden



**29.** Voor het gezinsherenigingsrecht heeft een verwerving van de Belgische nationaliteit tot gevolg dat voortaan wordt verwezen naar de regeling van art. 40 e.v. Vreemdelingenwet i.p.v. die van art. 10 Vreemdelingenwet. Hierdoor kunnen echtgenoten reeds vóór de leeftijd van achttien jaar het land binnenkomen, geldt een soepelere regeling voor kinderen, zowel wat betreft de leeftijd, als hun afhankelijkheidspositie t.a.v. de gezinshereniger, en kunnen ascendenten ten laste en de echtgenoot van de genoemde gelijkgestelden overkomen. De gevolgen van deze regeling zullen zich vooral laten voelen n.a.v. de bepaling van art. 12 § 1, 2° W.B.N., waarin wordt gesteld dat personen vanaf de leeftijd van achttien jaar een nationaliteitsverklaring kunnen afleggen onder de loutere voorwaarde dat één van hun ouders de Belgische nationaliteit heeft.

Verwerven proportioneel meer derdelanders de Belgische nationaliteit n.a.v. de versoepelde voorwaarden en procedures, dan kunnen m.a.w. meer familieleden onder soepelere voorwaarden een beroep doen op gezinshereniging<sup>74</sup>.

De regeling van art. 12 § 1, 2° e.a. W.B.N. heeft bovendien automatisch, ongeacht of de betrokkene *daadwerkelijk* een nationaliteitsverklaring aflegt, gevolgen voor het verblijfsrecht. Door het loutere feit *toegang* te genieten tot de Belgische nationaliteit, zijn de genoemde familieleden met name reeds toegelaten tot het verblijf<sup>75</sup>.

**31.** Of nieuwe Belgen bij de verwerving van de Belgische nationaliteit in rekening nemen dat hun personeel statuut in België van de ene dag op de andere, zonder enige overgangsfase zal worden beoordeeld naar Belgisch recht, is daarbij de vraag. Hoe wordt omgegaan met bv. een vroegere verstoting of met een echtscheiding die in België om procedurele redenen niet wordt erkend? Waar t.a.v. vreemdelingen de verzachte werking van de exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde kan spelen, lijkt de kans hierop ernstig gereduceerd als de betrokkene inmiddels de Belgische nationaliteit heeft verworven. De 'sterke' band met de Belgische rechtsorde kan onmogelijk worden genegeerd, ook al heeft de betrokkene zopas eerste voet op Belgische bodem

---

teruggewezen en dat gevestigde vreemdelingen slechts bij *ernstige* verstoring kunnen worden uitgezet. Het Arbitragehof heeft dit verschil in behandeling gerechtvaardigd bevonden: Arbitragehof nr. 43/98 van 22 april 1998, B.S. 29 april 1998.

<sup>73</sup> Een wetsvoorstel in die zin is reeds ingediend: Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *Parl. St.* Senaat 2000-2001, 4 juli 2001, nr. 2-823/1. Daarin wordt tevens voorgesteld om aan illegale verblijfhouders na twintig jaar verblijf een definitieve onuitzetbaarheid toe te kennen. Betreffende het huidige art. 21 en 52 Vreemdelingenwet: R.v.St. nr. 41.500, 23 december 1992, *T. Vreemd.* 1994, 52; R.v.St. nr. 41.074, 18 november 1992, *R.A.C.E.* 1992, z.p.; R.v.St. nr. 38.363, 19 december 1991, *Arr. R.v.St.* 1991, z.p.

<sup>74</sup> M.-C. FOBLETS, in M.-C. FOBLETS, R. FOQUE en M. VERWILGHEN (2002), *l.c.*, 565, stelt: "Het is duidelijk dat met het nieuwe art. 12bis, § 1, 2° W.B.N. een restrictief gezinsherenigingsbeleid, dat op zijn beurt de vertaling is van een restrictief migratiebeleid, nog weinig zin heeft".

<sup>75</sup> Art. 10 Vreemdelingenwet stelt dat van rechtswege tot het verblijf is toegelaten, zonder dat hij 12 maand voorafgaand aan de aanvraag zijn hoofdverblijf in België moet hebben, de vreemdeling die aan de wettelijke voorwaarden voldoet om de Belgische nationaliteit door nationaliteitsverklaring of -keuze te verkrijgen, ongeacht of hij dat daadwerkelijk poogt.

gezet<sup>76</sup>.

Enerzijds wordt in het gezinsherenigingsrecht bestaand gezinsleven van de nieuwe Belg in ruimere zin beschermd. Anderzijds gebeurt de beoordeling van wat al dan niet gezinsleven is binnen die beschermingssfeer voortaan op een andere wijze, m.n. in toepassing van Belgisch recht. Of een huwelijk tussen bepaalde personen al dan niet mogelijk of geldig is, of een afstammingsband tussen personen al dan niet kan worden vastgesteld, wordt voortaan beoordeeld naar Belgisch familierecht. Niet alleen de omvang van de familiegroep die een beroep kan doen op gezinshereniging bij de betrokkene wordt in het gezinsherenigingsrecht beheerst door de Belgische wet. Ook de vraag die daaraan voorafgaat, m.n. de vraag of tussen de nieuwe Belg en de persoon voor wie hij om gezinshereniging verzoekt, überhaupt sprake is van een huwelijk of geldige afstamming, wordt bepaald door de Belgische wet, ditmaal als nationale wet van de betrokkene. Het nationaliteitsrecht oefent m.a.w. op tweevoudige wijze invloed uit op de omvang van de gezinshereniging.

**32.** De genoemde rechtstakken oefenen op hun beurt rechtstreeks of onrechtstreeks een invloed uit op het nationaliteitsrecht. Dat functioneert immers op grond van de criteria van de verblijfsduur en/of de familiebanden. Een afstammingsband en voorheen ook het huwelijk geven recht op een versnelde nationaliteitsverwerving. Een langer verblijf doet dat eveneens.

Het familierecht oefent tevens een tweede, onrechtstreekse invloed uit op het nationaliteitsrecht. Via zijn rechtstreekse invloed op het gezinsherenigingsrecht kunnen personen al dan niet als familielid tot het verblijf worden toegelaten, en in een latere fase de Belgische nationaliteit verwerven op grond van hun verblijf of op grond van hun familieband met een Belg.

**33.** We stellen ons de vraag of de wetgever bij de opeenvolgende wijzigingen van het nationaliteitsrecht überhaupt is geïnspireerd door of minstens rekening heeft gehouden met deze doorwerking van nationaliteit in de genoemde rechtstakken<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Cf. *infra*, de techniek van de *Inlandsbeziehung*.

<sup>77</sup> Zie ook brief minister Duquesne van 30 september 1999 aan de voorzitter van de Commissie voor naturalisaties en verklaringen minister Duquesne tijdens een publieke zitting van de Commissie, aangeh. in CD&V Kamerfractie, *Evaluatie van de snel-Belg-wet en het CD&V-voorstel voor een nieuwe nationaliteitswetgeving*, 5 februari 2002: "De vreemdelingenwet zal moeten worden aangepast, in het bijzonder wat de vestigingsvoorwaarden betreft" en "Het is in tal van opzichten ook makkelijker om Belg te worden dan om zijn verblijf te laten regulariseren op grond van de Regularisatiewet. De vereiste verblijfsduur is immers korter (...) en vooral: de Regularisatiewet vraagt dat men 'duurzame sociale banden' met het land bewijst, terwijl de Wet van 1 maart 2000 de integratie vermoedt louter op grond van het feit dat de naturalisatieaanvraag wordt gedaan" en "een snelle naturalisatieprocedure verhindert eveneens dat nog uitzettings- of terugwijzingsbesluiten kunnen worden genomen".

## **B.2. DE VERWAARLOZING VAN DE MULTIFUNCTIONELE ROL VAN NATIONALITEIT BUITEN HET W.B.N.**

**34.** Tegenover de uniformiserende rol die een verwerving van de Belgische nationaliteit vervult, staat het behoud in meerdere rechtstakken van vormen van al dan niet gerechtvaardigde ongelijke behandeling tussen vreemdelingen (die de Belgische nationaliteit niet kunnen of willen verwerven) en Belgen. Ongelijke behandeling op één domein werkt daarbij bovendien steeds door in andere facetten van het maatschappelijke leven.

Een voorbeeld vormt de strijd tegen schijnhuwelijken. Aan de huwelijksvoltrekking gaan in bepaalde gemeenten (o.m. Gent en Antwerpen, met hun Cel Schijnhuwelijken) systematisch ondervragingen van nationaliteitsgemengde of buitenlandse koppels vooraf, om na te gaan of het huwelijk niet louter is ingegeven door een verblijfsoogmerk. De toenemende aandacht voor schijnerkenningen en schijnadopties is gegroeid vanuit eenzelfde bekommernis.

Ook de gezinshereniging, die de garantie biedt dat bepaald gezinsleven wordt beschermd behoudens dwingende omstandigheden van openbare orde, is verschillend geregeld op grond van nationaliteit. Gezinsleven tussen derdelanders dat familierechtelijk evenzeer wordt erkend als gelijkaardig gezinsleven met een EER-onderdaan, geniet niettemin een zwakkere bescherming in het verblijfsrecht. De bescherming door art. 8 E.V.R.M. is niet met zekerheid gewaarborgd, maar wordt bepaald in functie van de voorliggende feiten en rekening houdend met een ruime beoordelingsmarge ten behoeve van de betrokken Staat.

De versoepelde nationaliteitswet dreigt de aandacht voor deze vormen van ongelijke behandeling en de vraag naar hun rechtvaardiging op het tweede plan te schuiven, nu, zo redeneert men, vreemdelingen steeds sneller de Belgische nationaliteit kunnen verwerven. Is het evenwel gerechtvaardigd dat de mate waarin gezinsleven wordt beschermd in dermate verregaande mate afhankelijk wordt gesteld van de nationaliteit? We gaan in een derde toegangspoort nader in op deze vraag naar de verantwoording van een hantering van verschillende gezinsconcepten naargelang van de nationaliteit van de kandidaat-gezinshereniger.

**35.** De vaststelling dat het begrip nationaliteit als eenvormig begrip steeds meer aan belang inboet, wakkert de vraag naar zijn rol als criterium van onderscheid nog meer aan. EU-burgers en gelijkgestelden genieten reeds op vele domeinen een gelijke behandeling als Belgen. Bipatriden met o.m. de Belgische nationaliteit zien hun vreemde nationaliteit(en) in België elk juridisch nut ontzegd. Op staatlozen en erkende vluchtelingen wordt Belgisch recht toegepast in het licht van het domiciliebeginsel. Bepaalde kandidaat-vluchtelingen kunnen overigens Belg worden alvorens uitspraak is gedaan over hun asielerzoek. Ook als uit dat verzoek frauduleuze handelingen zouden blijken, blijft de nationaliteit definitief

verworven<sup>78</sup>. Door het declaratieve karakter van zijn erkenning kan een vluchteling die op het ogenblik van de erkenning reeds sinds twee jaar in België verblijft, onmiddellijk de naturalisatie aanvragen. De algemeen relatievere rol van nationaliteit blijkt tevens uit de toekenning van fundamentele rechten, zoals we reeds stelden, onafhankelijk van de nationaliteit<sup>79</sup>. Hierbij denken wij voornamelijk aan het recht op eerbieding van het privé- en gezinsleven (8 E.V.R.M.) en in iets mindere mate aan het verbod van menonwaardige behandeling (3 E.V.R.M.). De bescherming die reeds is verleend n.a.v. veelvuldige rechtspraak, o.m. inzake uitzettingsbeslissingen<sup>80</sup>, staat er evenwel niet aan in de weg dat het Hof voor de Mensenrechten aanvaardt dat binnen redelijke perken een verschillende behandeling wordt ingesteld tussen EG-onderdanen en andere vreemdelingen<sup>81</sup>.

### C. DE TANENDE INVLOED VAN HET NATIONALITEITSBEGRIIP IN HET I.P.R.

36. Meerdere factoren liggen eraan ten grondslag dat de nationaliteit als aanknopingsfactor in het I.P.R. aan overtuigingskracht inboet.

We wezen reeds op de verminderde toepassing van buitenlands recht n.a.v. de versoepeling van de nationaliteitswetgeving en het daaruit voortvloeiende gegeven dat steeds meer verblijfhouders de Belgische nationaliteit verwerven<sup>82</sup>.

Buitenlands recht is bovendien moeilijk kenbaar. De rechter moet zich op de hoogte stellen van alle nuances die door rechtspraak en rechtsleer aan de toepasselijke wetsbepaling worden toegevoegd<sup>83</sup>. Praktische overwegingen

<sup>78</sup> Slechts in uitzonderlijke omstandigheden, m.n. bij landverraad, kan men van de Belgische nationaliteit vervallen worden verklaard.

<sup>79</sup> O.m. S. SAROLEA, "L'apatridie: du point de vue interétatique au droit de la personne", *Rev. dr. étr.* 1998, 184.

<sup>80</sup> Cf. *infra*, o.m. noot 182.

<sup>81</sup> Het Hof voor de Mensenrechten perkt evenwel de beleidsruimte van de Verdragsstaten in: o.m. Hof Mensenrechten 16 september 1996, arrest Gaygusus t. Oostenrijk, <http://hudoc.echr.coe.int>. Hierover: K. RIMANQUE, "Het gelijkheidsbeginsel: gelijkheidsteken tussen Belgen en vreemdelingen?", in K. DEFYTER, M.-C. FOLETS en B. HUBEAU (1995), 265-285.

<sup>82</sup> Zie ook o.m. K. LAMBEIN, "De wet van 13 juni 1991 tot wijziging van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit", *R.W.* 1991-92, 550; V. VAN DEN ECKHOUT (1996), 37; J. MEEUSEN (1997), 107.

<sup>83</sup> O.m. Resolutie Institut de Droit International van 12 september 1989, *Ann. Inst. Dr. int.* 1990, 332; Cass. 18 juni 1993, *R.G.A.R.* 1994, 12366, noot M. FALLON; Brussel 24 juni 1964, *Pas.* 1965, II, 216; R. CASSIN, "La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois", *Rec. Cours* 1930, 744-762; J. DEPREZ (1988), 206; M. FALLON, "Uitlegging van het vreemd recht in België, (noot onder Cass. 18 juni 1993)", *R.G.A.R.* 1994, nr. 12.366; M. FALLON, "Groupe européen de droit international privé – cinquième réunion, Genève, 29 septembre - 1er octobre 1995", *B.T.I.R.* 1996, 249; H. ROLIN, "Le contrôle international des juridictions nationales", *Rev. b. dr. int.* 1967, 1-23; O. KAHN-FREUND, *General problems of private international law*, Leiden, Sijthoff, 1976, 277: "iura aliena novit curia may be a myth, and neither judge nor parties may have the financial and human resources for finding out what the foreign law is – to say nothing of the unpredictability of expert evidence"; K. LENAERTS, "Le statut du droit étranger en droit international privé belge". Vers un nouvel équilibre?", in X., *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, 543; P. MAYER, "Le juge et la loi étrangère", *SZIER* 1991, 492; P.M.M. MOSTERMANS, *De processuele behandeling van het conflictenrecht*,

leiden bepaalde rechters er dan ook toe om het aangewezen buitenlandse recht buiten toepassing te laten.

Naarmate het aantal toepassingsgevallen van buitenlands recht afneemt tengevolge van de afname van het aantal (unipatride) vreemdelingen, neemt de vraag naar het nut van de tijdrovende interpretatie-activiteit slechts toe. Een beslissing om buitenlands recht buiten toepassing te laten omwille van de omslachtige procedure om er de juiste inhoud van te achterhalen, kan in het licht van de I.P.R.-regels evenwel onmogelijk gerechtvaardigd zijn. Slechts een gemotiveerde afwijking om redenen die betrekking hebben op de inhoud van het buiten werking gestelde recht, m.a.w. om materiële redenen, is aanvaardbaar. Een afwijking om louter formele redenen mag slechts een laatste toevlucht zijn<sup>84</sup>.

---

Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 58; A.E. VON OVERBECK, "Le projet suisse de la loi sur le droit international privé – Une codification nationale d'inspiration internationaliste?", in X., *Liber Memorialis François Laurent*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 1195; N. WATTE, noot onder Cass. 12 januari 1990 en 3 december 1990, *J.D.I.* 1996, 152-153. Zie evenwel het standpunt van S. VRELLIS, "Überlegungen betreffend die Auslegung fremder Rechtsnormen", in J. BASEDOW en K. SIEHR (ed.), *Private law in the international arena: from national conflict rules towards harmonization and unification: Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag/Zürich, TMC Asser Instituut, 2000, 830, die het niet eens is met de opvatting dat het recht moet worden toegepast zoals het in de betreffende rechtsorde geldt. De buitenlandse regel verstoort vaak de harmonie van de rechtsorde van het forum. Adaptatie van de betekenis die aan de regel wordt verleend, is daarom vaak nodig. Hierdoor ontstaat soms een 'nieuwe' regel. Controle blijft evenwel mogelijk op het niveau van het Hof van Cassatie. In zekere zin ook: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA en NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING, *Toepassing van het buitenlands recht en zijn marginale toetsing door de hoogste rechter*, reeks Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 28, Deventer, Kluwer, 1979, 3: "Vreemd recht werd in een tweederangspositie gedrukt omdat het geen eigen, nationaal recht is, en het hoogste gerecht alleen te zorgen heeft voor de nationale rechtseenheid".

<sup>84</sup> S. GEEROMS, *Foreign law in civil litigation: a comparative and functional analysis*, doct., 2002, over de wijze waarop de Belgische, Nederlandse, Franse, Duitse, Engelse en Amerikaanse rechter omgaan met buitenlands recht. Uit het onderzoek blijkt een asymmetrie in alle continentale rechtspraak, behalve de Belgische. De lagere rechtbanken erkennen, i.t.t. de hogere, de bevoegdheid om kennis te nemen van schendingen van buitenlands recht. In de praktijk voeren het Duitse Bundesgerichtshof, de Nederlandse Hoge Raad en het Franse Cour de Cassation vaak niettemin rechtstreeks of onrechtstreeks dergelijke beoordeling door. GEEROMS bepleit een procedurele benadering van het buitenlandse recht, gelijkaardig aan die van het interne recht. De inhoud van het buitenlandse recht moet worden onderzocht. De huidige middelen en technieken volstaan daartoe. Ook volgende auteurs beklemtonen dat het buitenlandse recht met enige studie voldoende kenbaar is: M. FALLON, "Une chronique anticipée du droit international privé de la famille (1980-1990)", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 477; M. VERWILGHEN en J.Y. CARLIER (ed.), *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 407 p.; M. TAVERNE, *Le droit familial maghrébin et son application en Belgique*, Brussel, Larcier, 1981, 159 p. In dat licht heeft het Hof van Cassatie in het Babcock-arrest (Cass. 9 oktober 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 142, bevestigd in o.m. Cass. 15 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 72; Cass. 23 februari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 793; Cass. 10 maart 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 901) aan de feitenrechter opgelegd om ambtshalve het buitenlandse recht toe te passen, zonder daartoe als voorwaarde te kunnen stellen dat de partijen het bestaan en de inhoud van de wet bewijzen. Het voorontwerp van I.P.R.-codex (meer hierover cf. *infra*, o.m. randnr's 48, 68, 72 en 179) stelt in art. 15 dat de partijen kunnen worden verzocht om mee de inhoud van het buitenlandse recht te helpen bepalen. Slaagt de rechter er niet in de buitenlandse wet te interpreteren, dan wordt het Belgische recht toegepast: art. 15 §2 Voorontwerp. Inspanningen zoals bv. de oprichting van een ondersteunend orgaan, zoals het Zwitserse Institut de droit comparé, en een systematische terbeschikkingstelling van buitenlands recht, naar het voorbeeld van de Duitse BERGMANN en

Bovendien kan worden aanbevolen om de *lex fori* slechts toe te passen in hoogdringende situaties, bij wijze van voorlopige maatregel. Pas na voldoende verdere pogingen om de inhoud van de buitenlandse wet te achterhalen, zou vervolgens een eindbeslissing worden genomen, in het slechtste geval een bekrachtiging van de voorlopige maatregel. Ook deze noodoplossing vormt evenwel op zich een overtreding van art. 608 Ger. W.<sup>85</sup>.

**38.** Een pleidooi voor een consequente toepassing van het I.P.R. staat er niet aan in de weg dat de *opportuniteit* van een verdere aanknopings bij de nationale wet wordt getoetst aan de toenemende aandacht voor een efficiënte aanknopings, algemeen en bij multipatridie of apatridie. Deze factoren zetten de rechter er steeds meer toe aan om met behulp van correctiemechanismen alsnog een ander dan het door het huidige I.P.R. aangewezen recht toe te passen.

## C.1. ALGEMENE I.P.R.-CORRECTIEMECHANISMEN

**39.** We gaven hierboven aan dat buitenlands recht steeds minder wordt toegepast, onder meer n.a.v. de versoepeling en de daaruit volgende toename van nationaliteitsverwervingen<sup>86</sup>, en n.a.v. de domicilieaanknopings<sup>87</sup> voor vluchtelingen en apatriden.

**40.** Daarnaast worden in het I.P.R. volop technieken toegepast om een correctie te bieden op het nationaliteitsbeginsel, als dat geen gepaste aanknopings biedt. Deze mechanismen steunen op jurisprudentiële constructies en bieden de rechter de mogelijkheid om geval per geval invulling te geven aan wat hij verstaat onder een gepaste aanknopings. Deze flexibiliteit schept evenwel tevens een

---

FERID-reeks, zijn aangewezen. De problemen bestaan o.m. in de niet steeds even vlotte contacten met o.m. bepaalde Afrikaanse landen. Het onderzoek via ambassades verloopt wel gratis, maar vergt lange wachttijden. Een raadpleging van individuen is duur en dus ondemocratisch (Mededeling F. RIGAUX op studiedag UCL "Vers une codification du droit international privé belge", 18 april 2001).

<sup>85</sup> F. RIGAUX, "La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger", (noot onder Cass. 9 oktober 1980), *R.C.J.B.* 1982, 40, nr. 5, b, verwijst naar Cass. 18 juni 1981, *J.T.* 1981, 653.

<sup>86</sup> J. MEEUSEN (1997), 107.

<sup>87</sup> De noties domicilie en verblijfplaats worden in het I.P.R. regelmatig ongelukkigerwijs door elkaar gehaald. Het onderscheid tussen beide is in o.m. Resolutie (72)1 "du comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à l'unification des concepts juridiques de 'domicile' et de 'résidence'" van 18 januari 1972, *weergeg.* in *R.C.D.I.P.* 1973, 846, bepaald door aan het begrip 'domicilie' een juridische invulling te geven (plaats van inschrijving in de bevolkingsregisters), terwijl de verblijfplaats staat voor de plaats waar men daadwerkelijk feitelijk verblijft. Beide noties hebben niet steeds betrekking op dezelfde plaats binnen eenzelfde Staat. Aangezien we ervoor zullen opteren om slechts aan te sluiten bij wettig verblijf, zal ons voorstel om aan te knopen bij de wet van de Staat van stabiel verblijf verwijzen naar de wet van de Staat van domicilie, mits die domicilie wordt aangevuld met de criteria van stabiel verblijf die we hierna zullen uitwerken. Het onderscheid tussen verblijfplaats en domicilie is daarbij nog slechts relevant voor de vraag naar de rechtsmacht. Impliciet in deze zin: F. RIGAUX en M. FALLON (1987), nrs. 358-363, die besluiten dat we in het I.P.R. van autonome begrippen moeten uitgaan, en niet de definiëring door art. 36 Ger.W. moeten overnemen. De regel van administratieve politie waarbij 'résident' staat tegenover 'domicilié' zoals 'permis de séjour' staat tegenover 'permis d'établissement', moet niet doorgetrokken worden.

risico van rechtsonzekerheid. We kunnen o.m. verwijzen naar de huidige vage invulling van de exceptie van openbare orde en het feit dat ze niet systematisch wordt ingeroepen om een wet buiten toepassing te verklaren. Dezelfde bedenking kan worden gemaakt m.b.t. de veelvuldige andere technieken die worden gehanteerd om van de principiële aanknopings bij de nationale wet af te wijken.

Dat de drempel voor dergelijke afwijkingen niet erg hoog ligt, is mede te wijten aan het gegeven dat de nationaliteitsaanknopings inzake de staat van de persoon nooit absoluut is geweest. Steeds heeft een variëteit aan aanknopingen bestaan. Het personeel statuut van een vreemdeling wordt zelden volledig beheerst door één en dezelfde wet. Met een afwijking wordt dus alvast niet meedogenloos een juridische eenheid doorbroken.

### **C.1.A. DE NATIONALITEITSAANKNOPING INZAKE DE STAAT VAN DE PERSOON IS NOOIT ABSOLUUT GEWEEST**

#### ***\* De nationaliteitsaanknopings inzake de staat van de persoon***

41. Art. 7 B.W. stelt: "De uitoefening van de burgerlijke rechten is onafhankelijk van de hoedanigheid van staatsburger die alleen overeenkomstig de Grondwet wordt verkregen en behouden."<sup>88</sup> Art. 11 B.W. vervolgt: "Een vreemdeling heeft in België het genot van alle aan de Belgen verleende burgerlijke rechten behoudens de uitzonderingen door de wet gesteld. Een vreemdeling die gemachtigd is zich in het Rijk te vestigen en die in het bevolkingsregister is ingeschreven, heeft het genot van alle aan de Belgen verleende burgerlijke rechten zolang hij in België verblijf houdt." Deze artikelen vormen een burgerrechtelijke vertaling van het beginsel van gelijke behandeling ongeacht de nationaliteit.

42. Terwijl de wetten van politie en veiligheid een territoriaal toepassingsgebied hebben, bepaalt art. 3, derde lid B.W. in zijn gebilateraliseerde vorm inzake de staat en bekwaamheid van personen, onverminderd andersluidende verdragsbepalingen of bedingen en de regels van internationale openbare orde<sup>89</sup>, in een toepassing van de nationale wet van de betrokkene. Deze bepaling vormt een eerste wettelijke uitzondering in de zin van art. 11 B.W. Ze dateert slechts van de tweede helft van de negentiende eeuw. Voorheen, vóór de golven van nationalisme, werd nog aangeknoopt bij de domiciliewet<sup>90</sup>. Pas omstreeks 1870 is de notie 'nationaliteit' ontstaan, eerst in Duitsland en Italië, later bij ons<sup>91</sup>. Het

<sup>88</sup> Dit houdt onder meer de mogelijkheid in voor een vreemdeling om onder dezelfde voorwaarden als deze die gelden voor een Belg een beroep tot nietigverklaring van een Belgische rechtsregel in te stellen bij het Arbitragehof: Arbitragehof nr. 25/90 van 5 juli 1990, B.S. 6 oktober 1990.

<sup>89</sup> Cass. 29 april 1996, R.W. 1996-97, 812, noot J. MEEUSEN, A.J.T. 1996-97, 247, noot K. LAMBEIN.

<sup>90</sup> J. ERAUW, in M.-C. FOLETS e.a. (2002), l.c., 417.

<sup>91</sup> J. ERAUW, *De bron van het vreemde recht vloeit overvloedig, inaugurale rede*, Gent, Story-Scientia, 1984, 19-26, met verwijzingen naar rechtsleer.

begrip nationaliteit wordt sindsdien algemeen gehanteerd om de band van afhankelijkheid van een persoon ten aanzien van een bepaalde Staat aan te geven<sup>92</sup>, zo ook in het I.P.R. Bij de ontwikkeling van het I.P.R. werd daarbij evenwel louter gedacht aan de onderlinge confrontatie van nauw verwante rechtsstelsels. Het I.P.R. zou om deze reden niet bedacht zijn op de botsingen van culturen waarmee het vandaag te kampen heeft<sup>93</sup>. Wetsconflicten hebben door de veelvuldige inroeping van een schending van de Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde de allure gekregen van beschavingsconflicten<sup>94</sup>.

**\* Het relatieve karakter van de nationaliteitsaanknoping**

**43.** De bilateralisering van art. 3, derde lid B.W. is nooit algemeen geweest, in die zin dat bij wet en verdrag voor meerdere elementen van de staat van de persoon uitzonderingen zijn bepaald. De *nationaliteit* van een persoon bv. wordt bepaald door de rechtsstelsels die zich ertoe aangesproken voelen op grond van elementen die zichzelf voldoende overtuigend achten om de persoon als een onderdaan te beschouwen, bv. geboorte uit een onderdaan, geboorte op het grondgebied van het betreffende land, een zekere verblijfsduur, e.d. De staat van *vluchteling of staatloze* wordt toegekend of geweigerd door het land waartoe de betrokkene zijn verzoek richt<sup>95</sup>. Het betreft nooit het land waarvan hij de nationaliteit draagt, vaak een land waar de betrokkene nog niet lang verblijft, m.a.w. zelden een land waarmee al een zekere band bestaat.

**44.** Ook binnen éénzelfde rechtstak, bv. het familierecht<sup>96</sup>, evenals m.b.t. éénzelfde element van de staat, bv. de afstamming<sup>97</sup>, kunnen naargelang van de

<sup>92</sup> A. MAST en J. DUJARDIN, Overzicht van het Belgische Grondwettelijk recht, o.c., nr. 47.

<sup>93</sup> Zie ook: P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation" in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 272.

<sup>94</sup> Verwante vragen zijn o.m. die naar de verenigbaarheid van de centrale rol die religie in een aantal rechtsstelsels nog toebedeeld krijgt met de laïcisering van de Belgische Staat: V. VAN DEN EECKHOUT, "Thuisbrengen van een op drift geraakte rechtsverhouding. Buitenlandse rechtswaarden in het personen- en familierecht", in M.C. FOBLETS, B. HUBEAU en S. PARMENTIER (ed.), *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht*, Leuven, Acco, 1997, 177.

<sup>95</sup> Het eerste-land-principe kan een Schengenlidstaat er evenwel toe verplichten om een asiolverzoek in ontvangst te nemen.

<sup>96</sup> Zo worden voor het familierecht de huwelijkse grondvoorwaarden door de nationale wet van elk van de echtgenoten bepaald, en de vormvoorwaarden door de wet van het land van huwelijkssluiting. De huwelijksgevolgen worden aangeknoopt bij de gezamenlijke nationale wet, of bij gebreke daaraan, bij de wet van de plaats van eerste echtelijke verblijfplaats. Inzake echtscheiding, behalve bij onderlinge toestemming, wijst de wet Rolin het Belgische echtscheidingsrecht aan zodra het personele recht van de betrokkenen echtscheiding toelaat. Ook internationale adoptie van kinderen jonger dan 15 jaar gebeurt niet meer in toepassing van de nationale wet van het kind, maar in toepassing van de Belgische wet, mits de verschillende personele wetten van de adoptanten het instituut van de adoptie kennen of de adoptandus belg is of reeds twee jaar in België verblijft en de adoptant(en) een verblijf heeft/hebben van vijf jaar, of van de gemeenschappelijke personele wet van de adoptanten of de personele wet van de enige adoptant.

<sup>97</sup> Zo wordt inzake afstamming over het algemeen aangeknoopt bij de nationale wet van het kind.



voorliggende vraag andere verwijzingsregels van toepassing zijn. Daarbinnen heerst bovendien een sterk methodenpluralisme, dat zich uit in een ver doorgedreven *dépeçage*<sup>98</sup>, in regels van onmiddellijke toepassing, begunstigingsregels, belangenanalyses, de inwerking van mensenrechten, rechtskeuzeregels, de manipulatie van kwalificaties, evenals in een ongemotiveerde gemakshalve aanknoping bij Belgisch recht<sup>99</sup>. De nationaliteitsaanknoping is nooit absoluut geweest en wordt het steeds minder. We illustreren deze evolutie nader.

### C.1.B. DE I.P.R.-CORRECTIEMECHANISMEN

45. We wezen reeds op het toenemende gebruik van een aantal mechanismen in het I.P.R. die toelaten dat van de normaal toepasselijke buitenlandse wet wordt afgeweken, vaak in het voordeel van de Belgische wet die dan wordt toegepast als *lex fori*. We gaan hier slechts kort op in, aangezien deze mechanismen reeds het voorwerp hebben gevormd van veelvuldig onderzoek<sup>100</sup>.

#### \* *De exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde*

46. De exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde<sup>101</sup> is het meest principiële correctiemechanisme, waarbij een buitenlandse wet buiten toepassing wordt gelaten, wegens het bezwaar dat één of meerdere rechtsgevolgen die de buitenlandse wet ressorteert geacht worden in strijd te zijn

---

Daarbij wordt uitgegaan van de fictie dat die wet het belang van het kind het beste dient, ongeacht of dat in elk concreet geval zo is: Cass. 24 maart 1960, *Pas.* 1960, I, 860, *R.C.D.I.P.* 1961, 367, noot P. GRAULICH, *R.C.J.B.* 1961, 335, noot F. RIGAUX: "De rechter (moet) de persoonlijke wet van het natuurlijke kind toepassen, niet omdat, *in casu*, deze wet voor het belang van het natuurlijke kind meer of minder gunstig is, doch omdat, uit het oogpunt van het internationaal privaatrecht, deze wet normaal de enig bevoegde is voor het bepalen van wat door het belang van het natuurlijk kind kan gevergd worden". Wat de vaderschapsbetwisting betreft daarentegen wordt nog steeds overwegend verwezen naar de nationale wet van de man wiens vaderschap wordt betwist. Voor de adoptie van een kind dat jonger is dan 15 is niet eens vereist dat z'n personele wet of die van de adoptant adoptie toelaat, mits de betrokkenen een zekere verblijfsduur in België kunnen voorleggen. In die materie wordt m.a.w. de wet van het land van (wettig en langdurig) verblijf toegepast.

<sup>98</sup> Deze term staat voor de verbrokkeling van het personeel statuut en de verdeling van de regeling ervan over meerdere rechtsstelsels, naargelang van de materie (bv. grond- versus vormvoorwaarden huwelijk).

<sup>99</sup> O.m. V. VAN DEN EECKHOUT, "Thuisbrengen van een op drift geraakte rechtsverhouding. Buitenlandse rechtswaarden in het personen- en familierecht", in M.C. FOLETS, B. HUBEAU en S. PARMENTIER, o.c., 174; J. VERHELLEN, "Praktijkjuristen en maatschappelijk werkers aan het woord", in M.-C. FOLETS (1998), 169.

<sup>100</sup> O.m. J. ERAUW (1985); A. HEYVAERT (2001); DICEY EN MORRIS (2000); KROPHOLLER (1994); J. MEEUSEN (1997); F. RIGAUX en M. FALLON (1993), V. VAN DEN EECKHOUT (doct.); G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989); VON BAR (1987).

<sup>101</sup> Niet besproken in deze korte duiding zijn volgende interessante verhandelingen in de materie: J. DEPREZ, "Un aspect inattendu de l'échange inégal en droit international privé? Les relations de statut personnel entre l'Islam et l'Europe vues à travers le cas franco-marocain", *Rev. tunis. Dr.* 1975, 19-72; A. BUCHER, "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", *Rec. Cours* 1993, 9-116; T. DE BOER, "Internationaal privaatrecht en rechtsvergelijking: een dubieuze relatie", in X., *De meerwaarde van de rechtsvergelijking*, 71-77; R. BOST, *Rechtspreken. Mensenrecht in openbare orde*, Maastricht, Universitaire Pers, 1999, 192 p.

met de meest fundamentele beginselen van onze economische, politieke of sociale orde<sup>102</sup>, o.m. het gelijkheidsbeginsel<sup>103</sup>.

Daarbij spelen evenwel verzachtende overwegingen, zoals het onderscheid naargelang het voorwerp van beoordeling een buitenlands rechtsinstituut in zijn geheel is, of louter een bepaald rechtsgevolg ervan. In het laatste geval is het denkbaar dat het gevraagde rechtsgevolg niet wordt afgewezen, ook al zou het instituut op zich nooit erkend kunnen worden in België. Omgekeerd kan een buitenlands rechtsinstituut op zich aanvaardbaar zijn, maar worden bepaalde modaliteiten of rechtsgevolgen ervan verworpen, bv. de grondvoorwaarde dat bij een huwelijk naar Marokkaans recht een bruidsgift wordt betaald<sup>104</sup>. De onaanvaardbaarheid van die voorwaarde belet evenwel niet dat het huwelijk als dusdanig geldig bevonden wordt. De voorwaarde wordt louter genegeerd<sup>105</sup>.

De verzachtende werking van de exceptie<sup>106</sup> hangt nauw samen met de vraag hoe sterk de band van de situatie met de Belgische rechtsorde is<sup>107</sup>. Enerzijds gaat de rechter daarbij na welke plaats de rechtssituatie inneemt in onze

<sup>102</sup> O.m. Brussel 9 november 1982, *T. Vreemd.* 1983, 27; Jeugdrb. Brussel 12 maart 1969, *J.T.* 1969, 372; Rb. Dinant 8 juni 1955, *Pas.* 1956, II, 77. De inhoud van de wet wordt alsdusdanig niet veroordeeld: m.b.t. de afwijking van het Nederlandse adoptieverbod t.a.v. meerderjarigen: Antwerpen 12 juni 1996, AR 1995/EV/52, *onuitg.*

<sup>103</sup> Bv. wanneer de nationale wet een discriminatie teweegbrengt tussen man en vrouw: Rb. Brussel 7 oktober 1986, *T.B.B.R.* 1988, 455; *in casu* liet het Libanees-Islamitische Qaadri Pasja-wetboek de vordering tot ontkenning van het vaderschap over aan het vrije oordeel van de man. Dit werd in strijd geacht met het belang van het kind, de stabiliteit van het statuut van het kind geboren tijdens het huwelijk en het beginsel van gelijkheid tussen man en vrouw, drie 'grondbeginselen van de gevestigde Belgische zedelijke orde'.

<sup>104</sup> Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66. Let wel: deze rechtspraak is betwist. Er zijn evengoed rechters die de voorwaarde van de bruidsgift wel toepassen, als compensatie voor het ontbreken van recht op onderhoudsgeld, wanneer de partners uit elkaar gaan: Rb. Brussel 20 februari 1985, *Rev. dr. étr.* 1985, 133; Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 46.

<sup>105</sup> Zoals ook in ons interne recht een voorwaardelijk huwelijk op zich niet nietig is en men zich ertoe beperkt de ongeoorloofde voorwaarde voor onbestaand te houden, mits de voorwaarde voor de betrokkenen geen noodzakelijke voorwaarde blijkt te zijn en zij ook bij schrapping ervan wensen dat het huwelijk blijft voortbestaan. M.b.t. de voorwaarde dat de burgerlijke huwelijksluiting zou worden gevolgd door een religieuze viering: J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 39. Zie daarentegen in het contractenrecht: nietigheid van het contract in toepassing van art. 1172 B.W.

<sup>106</sup> O.m. P. LAGARDE (1993), 272.

<sup>107</sup> Evenals, zoals we reeds aangaven, met de ernst van de rechtsgevolgen die de toepassing van het buitenlandse recht met zich mee zou brengen. Zie ook art. 19 Voorontwerp van wet houdende wetboek van internationaal privaatrecht, goedgekeurd op de Ministerraad van 26 maart 1999. Zie ook Voor rechtspraak o.m. Cass. 26 september 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 92; Cass. 13 januari 1978, *Arr. Cass.* 1978, 568; Cass. 24 februari 1938, *Pas.* 1938, I, 66; Gent 19 juli 1962, *R.W.* 1962-63, 845, noot F. BOUCKAERT; Rb. Brussel 16 juni 1992, *J.L.M.B.* 1993, 1208, noot A. NUYTS; Rb. Namen 17 mei 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 431; Rb. Brussel 30 april 1990, *T. Vreemd.* 1990, 25; Rb. Brussel 31 januari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 42, noot M. FALLON, Rb. Antwerpen 2 november 1983, *T. Vred.* 1986, 114, noot J. ERAUW; Jeugdrb. Brussel 23 juli 1980, *Adm. Jur. Inf.* 1981, 17; Vred. Marchienne-au-Pont 1 september 1986, *T. Vred.* 1987, 173 e.a.; F. RIGAUX, *Droit international privé*, I, Brussel, Larcier, 1987, nr. 515 e.v.; H. DOLLE, "Der Orde public im internationale Privatrecht", *RabelsZ.* 1950, 407; J. DE CEUSTER en K. LENAERTS, "Inleidend hoofdstuk", in *Comm. Pers.*, deel IV. I.P.R., nr. 91.

rechtsorde. Anderzijds wordt de positie van het rechtssubject, meer bepaald zijn verblijfspositie<sup>108</sup> en zijn nationaliteit<sup>109</sup> onder de loupe genomen. De verblijfspositie kan m.a.w. een beslissend criterium zijn om de exceptie in te roepen en van de toepassing van de nationale wet af te stappen. Bij de beoordeling van de vraag of een in het buitenland ontstane rechtssituatie in België kan worden erkend, kan dan weer het argument spelen dat van een vreemdeling met langdurig verblijf in België redelijkerwijze kan worden verwacht dat hij voor wijzigingen van zijn personeel statuut een beroep doet op de Belgische instanties. Ook langs deze weg kan over een buitenlandse rechtsfiguur die moeilijk verenigd kan worden met onze rechtsopvattingen, worden heengestapt op grond van de stabiele verblijfspositie van de persoon die ze inroept. Meer bepaald met het argument van *forum shopping* kan in toepassing van de fraudeleer worden geweigerd om de ontstane rechtsverhouding te erkennen<sup>110</sup>.

Omgekeerd wordt ten aanzien van vreemdelingen die een minder nauwe band hebben met de Belgische rechtsorde, soepeler opgetreden. Er wordt rekening gehouden met het feit dat de Belgische rechtsorde niet in de kern van zijn fundamentele wordt aangetast, gezien de vooralsnog betrekkelijk oppervlakkige confrontatie met buitenlands recht, bv. als het er louter om gaat toe te staan dat een in het buitenland ontstane rechtsverhouding in België bepaalde rechtgevolgen ressorteert<sup>111</sup>, of ruimer – in het licht van de internationale beslissingsharmonie – op grond van de wetenschap dat de vreemdeling slechts tijdelijk in België verblijft, of dat de vooralsnog korte verblijfsduur een confrontatie met de buitenlandse rechtsorde nog heel plausibel maakt. Er gebeurt m.a.w. een afweging tussen de *territoriale* band met enerzijds de Belgische rechtsorde als Verbljfsstaat en anderzijds een buitenlandse rechtsorde, over het algemeen die van de Staat waarvan de betrokkene onderdaan is. Het recht van de verblijfsstaat zal daarbij sterker doorwegen naargelang het belang van het betrokken forale rechtsprincipe toeneemt. Een beoordeling van de mate waarin een buitenlandse rechtsbepaling verenigbaar is met de eigen rechtsopvattingen

<sup>108</sup> O.m. D. LOOSCHELDERS, "Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2001, 479; R. Hoffmann, *Grundrechte und Grenzüberschreitende Sachverhalte*, 1993, 15; JUNKER, *Internationales Privatrecht*, 1998, 279; KROPHOLLER, § 36 II 2; KEGEL en SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 2000, § 16 III 2b; H.J. SONNENBERGER, *Münch. Komm.*, München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, Art. 6 EGBGB, nr. 81.

<sup>109</sup> Weigering om de verstoting van een bipatride vrouw te erkennen: Vred. Etterbeek 13 oktober 1987, *T. Vreemd.* 1988, 26, noot M. FOLETS.

<sup>110</sup> Ook de voorzichtige wijze waarmee met de fraudeleer wordt omgegaan, geeft aan dat de Belgische rechter zich niet onredelijk nationalistisch (in de termen van J. MEEUSEN) opstelt. Fraude tegen de Belgische I.P.R.-regel werd vooralsnog nooit ingeroepen wanneer de rechtssituatie die in het buitenland was ontstaan betrekking had op een zuiver buitenlandse gezinsverhouding (bevestiging van dit beginsel in o.m. Rb. Brussel 24 mei 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 382), tenzij het een verstoting betrof.

<sup>111</sup> Het principe als dusdanig werd erkend in o.m. Rb. Brussel 2 juni 1951, *Pas.* 1952, II, 7. Zie ook o.m. de rechtspraak aangehaald in deel vier, hoofdstuk 2. Zie ook B. AUDIT (1991), 263; J. DE CEUSTER en K. LENAERTS, in *Comm. Pers.*, nr. 91; J. ERAUW (1985), 118-119; KROPHOLLER (1994), 223; F. RIGAUX (1987), 353.

gebeurt immers in de eerste plaats a.h.v. een *inhoudelijke* evaluatie.

47. Uit de samengang van de inhoudelijke toets met een toets van de territoriale verbondenheid volgt dat de notie 'internationaal privaatrechtelijke openbare orde' minder beperkend is geformuleerd dan de 'interne openbare orde'<sup>112</sup>. Wat naar intern recht onaanvaardbaar is, is dat niet steeds naar I.P.R. Het omgekeerde is daarentegen redelijkerwijze wél steeds het geval. Om die reden zullen we bij het verdere onderzoek steeds oog hebben voor de evolutie van het openbare-ordedenken in het interne recht. Deze evolutie ligt onmiskenbaar mee aan de basis van het evolutieve karakter van de openbare-orde-exceptie<sup>113</sup>, en biedt een belangrijke richtlijn om de rechtvaardiging van elke toepassing van de exceptie aan te toetsen.

Een voorbeeld van dergelijke toets is gelegen in de vraag in hoeverre de versoepeling van het echtscheidingsrecht en de wet van 23 november 1998 op de wettelijke samenwoning het openbare-ordekarakter van de verstoting ondermijnen, door in verregaande mate een eenzijdige beëindiging van de relatie mogelijk te maken. Bij deze en gelijkaardige vragen staan we nader stil in deel 4<sup>114</sup>.

48. Binnen de huidige praktijk past de rechter na inroeping van de exceptie de Belgische wet toe als *lex fori*. Deze praktijk is ingegeven door een zeker nationalisme binnen het I.P.R.<sup>115</sup> en heeft in bepaalde aangelegenheden reeds aanleiding gegeven tot een systematische nieuwe aanknoping<sup>116</sup>, hetzij

<sup>112</sup> Art. 10 Verdrag van Den Haag van 4 mei 1971; art. 10 en 11 Verdragen van Den Haag van 2 oktober 1973; art. 14 Verdrag van Den Haag van 23 oktober 1977; art. 17 Verdrag van Den Haag van 14 maart 1978. Deze bepalingen beperken alle de tussenkomst tot bepalingen die 'manifestement incompatibles' zijn met de openbare orde. Zie ook A. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN (1991), 268, met een pleidooi voor een nog nauwere omschrijving, rekening houdend met de rechtspositie van minderheden. Zie ook V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1262, over de wisselwerking tussen I.P.R. en intern recht.

<sup>113</sup> Cass. 27 februari 1986, *Rev. not. b.* 1986, 479; Cass. fr. 22 maart 1944, *R.C.D.I.P.* 1946, 107; R. VANDER ELST, noot onder Cass. 27 februari 1986, *Rev. not. b.* 1986, 479. Indirect ook: A.P.M.J. VONKEN, "Rechtsvinding in het hedendaagse internationale familierecht", *F.J.R.* 1988, 51-59.

<sup>114</sup> Deel 4, hoofdstuk 2, randnr. 22.

<sup>115</sup> Het I.P.R. is steeds nationalistisch in dubbele zin: aan de toepassing van de *eigen* verwijzingsregel gaat steeds een *eigen* kwalificatie *lege fori* van het geschil vooraf: Cass. 5 juni 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1360; Cass. 17 maart 1967, *Arr. Cass.* 1967, 887; Brussel 22 april 1988, *J.T.* 1988, 664; Rb. Brussel 7 juni 1958, *R.C.D.I.P.* 1962, 76, noot F. RIGAUX; Rb. Brussel 21 mei 1953, *Pas.* 1955, III, 4; Rb. Brussel 26 februari 1953, *Pas.* 1956, III, 82). Hierover o.m. J. MEEUSEN (1997), 204.

<sup>116</sup> In deze zin: M. FALLON, "L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle", in X., *Mélanges Roger O. Dalcq*, Brussel, Larcier, 1994, 169; J. MEEUSEN (1997), 258; J. MEEUSEN, "De invloed van 'selectief nationalisme' in het Belgische conflictenrecht: analyse en evaluatie", *T.P.R.* 1997, 1399-1465; J. ERAUW, o.c., 15: "een conflictenrecht is nationalistisch wanneer het zich niet neutraal opstelt t.a.v. de mogelijke toepassing van eigen of vreemd recht maar daarentegen wordt gekenmerkt door een voorkeur voor en een streven naar de toepassing van (de oplossingen van) de *lex fori*"; in dezelfde zin: P. MAYER (1991), 57 (in de uitgave van 1994 afgezwakt tot "l'on attache à l'intérêt national plus d'importance qu'à la vision idéale d'un monde où son propre Etat doit être

jurisprudentieel bv. wat betreft de omgang met de buitenlandse voorwaarde van een religieuze huwelijkssluiting<sup>117</sup>, hetzij wettelijk bv. met de Wet-Rolin inzake echtscheiding<sup>118</sup>.

De opstellers van het voorontwerp en daaropvolgend wetsvoorstel van I.P.R.-codex wensen daarentegen het beginsel in ere te herstellen dat vooreerst zou worden nagegaan of een andere relevante bepaling van het aangewezen buitenlandse recht kan worden toegepast, en dat pas indien nodig een beroep zou worden gedaan op het Belgische recht<sup>119</sup>. Het is evenwel de vraag of in het licht van de aanhoudende opmars van de mensenrechten niet steeds voor de onmiddellijke toepassing van Belgisch recht zal worden geopteerd, zodra een grond- of mensenrecht is geschonden. Dergelijke schending door buitenlands recht is immers dermate fundamenteel dat een oplossing binnen datzelfde recht moeilijk denkbaar is.

#### 49. ~~Mensenrechten vervullen een centrale rol in het openbare-orde-discours~~<sup>120</sup>.

Ook al heeft een rechtssituatie of rechtssubject slechts zwakke banden met de Belgische rechtsorde, een loutere behandeling van zijn verzoek door een Belgische rechtbank volstaat om de BIPOO-exceptie in te roepen als fundamentele rechten in het geding zijn. Het E.V.R.M. is immers expliciet van

---

traité sur un strict pied d'égalité avec les autres").

<sup>117</sup> Rb. Brussel 28 oktober 1986, *T. Vreemd.* 1986, nr. 40, 20; Rb. Luik 5 november 1958, *J.L.* 1958-59, 171; Rb. Charleroi 5 juli 1957, *Rev. trim. dr. fam.* 1955-59, 242, noot R. DE KEERSMAECKER; Rb. Brussel 10 oktober 1956, *R.C.J.B.* 1957, 320, noot F. RIGAUX. Meer hierover cf. *infra*: de techniek van de wegkwalificering (randnrs 56 e.v.). Zie ook deel 3, hoofdstuk 6 (huwelijkse vormvoorwaarden), randnrs 239 en 243.

<sup>118</sup> Wet van 27 juni 1960 op de toelaatbaarheid van de echtscheiding wanneer ten minste één van de echtgenoten een vreemdeling is, *B.S.* 9 juli 1960. Voorafgaand aan de Wet-Rolin werd de exceptie ingeroepen tegen buitenlands recht dat een Belgische vrouw verbood om uit de echt te scheiden: Brussel 4 mei 1954, *J.T.* 1954, 461, noot M. PHILONENKO.

<sup>119</sup> Art. 19 voorontwerp.

<sup>120</sup> Hierover o.m. P. MAYER, "La Convention européenne des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangères", *R.C.D.I.* 1991, 652-665; D. COHEN, "La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *R.C.D.I.P.* 1989, 451-483; J.H.A. VAN LOON, "De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en rechten van de mens", in *Grensoverschrijdend privaatrecht. Een bundel opstellen over privaatrecht in internationaal verband. Mélanges J. Van Rijn van Alkemade*, Deventer, Kluwer, 1993, 339 p.; P. COURBE, "Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français", in P. TAVERNIER (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une union plus étroite (1950-1955)*, Brussel, Bruylant, 1996, 645 p.; J.L. VAN BOXTAEL, "Constitution et conflits de lois", *R.B.D.I.* 1994, 184-209; P.E. HERZOG, "Constitutional limits on choice of law", *R.C.A.D.I.* 1992, nr. 234, 249-330; A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten", in P. CLITEUR e.a. (ed.), *Sociale cohesie en Recht*, Leiden, 1998, 97-157; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Ed. Dalloz, 1996, 645 p.; C.J. STAAL, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995, 730 p.; E. AALDERS, "Rechten van de mens. Feitelijke omstandigheden bepalend voor het gezinsleven en voor de weigering van een verblijfsvergunning" *N.J.* 1988, 784-788; M. BUQUICCHIO-DE BOER, "Les droits de l'enfant dans le cadre de la European Convention on Human Rights, vu dans le perspective de la Convention des Nations Unies", *Dr. Q.M.* 1997, afl. 17, 39-50; R. CHOLEWINSKI, "Strasbourg's hidden agenda? The protection of second-generation migrants from expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights", *NQHR* 1994, 287-306.

toepassing op eenieder die zich op ons grondgebied bevindt, ook al is het verblijf precair of illegaal<sup>121</sup>. Gezien het fundamentele karakter van de betwiste rechten volstaat de inhoudelijke BIPOO-toets op zich reeds om in te grijpen<sup>122</sup>. Het beginsel van de verzachte werking kan bezwaarlijk van invloed zijn bij de beoordeling van *ius cogens*<sup>123</sup>. Een buitenlandse beslissing erkennen, betekent dat er een plaats aan wordt gegeven in de eigen rechtsorde. Het is ontoelaatbaar dat een schending van fundamentele normen wordt binnengebracht in het interne recht<sup>124</sup>. Bepaalde auteurs menen niettemin dat niet elke schending van een mensenrecht een schending betekent van de openbare orde<sup>125</sup>, met name als de

<sup>121</sup> E. FOHRER (1999); A. HEYVAERT, "De gezinsrechtelijke situatie van Marokkanen met vast verblijf in België", in M-CL. FOLETS e.a. (eds), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 287-337; S. SAROLEA (1996), 160.

<sup>122</sup> E. FOHRER (1999), 35: de relatieve werking van internationale verdragen kan *in casu* niet worden opgeworpen. Evenmin kan worden tegengeworpen dat een niet-verdragsstaat op deze wijze alsnog door het Verdrag zou worden gebonden. De rechter beoordeelt de vreemde wet niet, maar gaat enkel na of de gevolgen ervan in de eigen rechtsorde verenigbaar zijn met het E.V.R.M. Voor zover het Verdrag op de wet wordt toegepast, betreft dat slechts de toepassing ervan op het grondgebied van een lidstaat bij het Verdrag; S. SAROLEA (1996), 154; A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginnelsen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest, de theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldend recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 102-104. *Contra*: A.P.M.J. VONKEN, *l.c.*, 139, die een rechtstreekse inroeping van het mensenrecht bepleit om te voorkomen dat het bij gebrek aan *Inlandsbeziehung* niet zou kunnen spelen in elke I.P.R.-situatie.

<sup>123</sup> O. DE SCHUTTER, "La convention européenne des droits de l'homme et l'asile", *Rev. dr. étr.* 1994, 472. Ook wat betreft verdragsbepalingen die niet rechtstreeks afdwingbaar zijn (P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, "La déclaration universelle des droits de l'homme et le Droit international privé français", in G. RIPERT (ed.), *Le droit privé français au milieu du XXe siècle: études offertes à G. Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, I, 255), die zelfs eventueel (nog) niet geratificeerd zijn (B. GOLDMAN, "La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois", in *Mélanges R. Cassin*, Paris, Pédone, 1969, 449-466), maar waarvan de rechter steeds kan stellen dat ze deel uitmaken van de openbare orde. Met E. FOHRER, *o.c.*, 8, menen we evenwel dat deze bepalingen bij gebrek aan een corresponderend subjectief recht zelden een rol zullen kunnen vervullen, tenzij de rechter ze zelf ambtshalve inroept.

<sup>124</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Soering van 7 juli 1989, <http://www.dhcour.coe.fr>; zie ook de niet-erkenning van eenzijdige verstotingen, in toepassing van art. 5 van het zevende protocol: o.m. Cass. fr. 1 juni 1994, *RCDIP* 1995, 103, noot J. DEPREZ, *D.* 1995, 263, noot J. MASSIP; Cass. 31 januari 1995, *JDI* 1995, 345, noot PH. KAHN, *RCDIP* 1995, 569, noot J. DEPREZ; Cass. fr. 11 maart 1997, *D.* 1997, 400, noot M.-L. NIBOYET-HOEGY, *JDI* 1998, 110, noot PH. KAHN, *JCP* 1998, 524, noot H. FULCHIRON; R. EL HUSSEINI, "Droit international privé français et le répudiation islamique", *RCDIP* 1999, 427 e.v.; E. FOHRER, *o.c.*, 19; L. GANNAGE, "Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes", *RCDIP* 2001, 39; P. HAMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP* 1997, nr. 30 e.v..

<sup>125</sup> S. RUTTEN, "Mensenrechten en het IPR: scheiden of trouwen?", *NJCM-bulletin* 1998, 797-811; A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme", P. CLITEUR e.a. (ed.), *Sociale cohesie en Recht*, Instituut Leiden, 1998, 139; J. ERAUW (1985), 187-188, meende in 1985 nog dat de draagwijdte van het E.V.R.M. op de rechtsordes van niet-Verdragsstaten niet verder zou reiken dan de minimumbescherming die er bv. in bestaat dat het bewijs van de moederlijke afstamming niet verhinderd of bemoeilijkt mag worden. Een bevoorrechtiging van 'wettige' kinderen op 'onwettige' daarentegen leek de BIPOO volgens ERAUW niet te stuiten in een door het E.H.R.M. verruimde lezing. "De vraag rijst dan naar de invloed van de Conventie buiten het Verdragsterritorium, meer bepaald van art. 14: het discriminatieverbod, voor de beleving van de familiebanden. Zo'n juridische ontwikkelingshulp moet niet in die mate door de verdragsstaten worden geleverd"; B. DOCQUIR, "Le droit

territoriale band met de Belgische rechtsorde dermate zwak is dat bezwaarlijk kan worden gesteld dat onze fundamentele waarden door de situatie worden bedreigd. In dat licht bepleit een aantal onder hen dat het betreffende mensenrecht rechtstreeks tegen de buitenlandse rechtsbepaling zou worden ingeroepen en niet via de omweg van de BIPOO-exceptie<sup>126</sup>. Dan nog moeten evenwel zes criteria worden getoetst. Er moet een Europese "common ground" in de materie bestaan, de aard van de beperking naar buitenlands recht moet worden nagegaan, evenals de aard van het verdragsrecht dat zich ertegen verzet. Vervolgens wordt nagegaan hoe fundamenteel het mensenrecht wordt aangetast en of mogelijk een belang van de Staat of een noodsituatie een inbreuk alsnog rechtvaardigt<sup>127</sup>. Deze laatste controlecriteria maken duidelijk dat de band met de Belgische rechtsorde hoe dan ook moet worden nagegaan. Er is o.i. dan ook geen reden om de E.V.R.M.-bepaling niet in het kader van een toetsing aan de openbare orde in te roepen. Deze werkwijze heeft bovendien als voordeel dat ze de internationale beslissingsharmonie beter dient: een inroeping van de bepaling als bestanddeel van de interne rechtsorde zal op minder bezwaren stuiten dan een rechtstreekse toepassing van het E.V.R.M. op het recht van een niet-Verdragsstaat, of op het recht van een Verdragsstaat die het E.V.R.M. geen voorrang geeft op het interne recht, zoals het geval is naar Duits recht<sup>128</sup>. De techniek eerbiedigt tevens beter de doelstelling om de uitwerking van het vreemde recht slechts marginaal te toetsen<sup>129</sup>, om te vermijden dat de uitspraak ingaat tegen fundamentele rechten, zonder daarom in één beweging een bepaald resultaat op te leggen<sup>130</sup>. Enerzijds verrijkt het E.V.R.M. de invulling van het BIPOO-beginsel<sup>131</sup>. Anderzijds speelt een verzachte werking, daar waar de verdragsbepaling dat toelaat en waar de inbreuk als minder ernstig wordt beoordeeld<sup>132</sup>. Deze verzachte werking ligt in de lijn van de aanname dat de

---

international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme", *Ann. dr. louv.* 1999,495, heeft er bezwaar tegen dat zou worden aangenomen dat het E.V.R.M. van invloed is op het I.P.R. Het E.V.R.M. zou geen hogere hiërarchie hebben dan geratificeerde I.P.R.-verdragen. Wij werpen evenwel tegen dat art. 60 E.V.R.M. het bindende engagement van de Verdragsstaten verwoordt om niet tegen het E.V.R.M. in te handelen, noch op wetgevend vlak, noch via jurisprudentie, m.a.w. ook niet via het I.P.R.

<sup>126</sup> A.P.M.J. VONKEN, *I.c.*, 139: een rechtstreekse toets aan het E.V.R.M. is te verkiezen boven een toepassing via de BIPOO-exceptie, omdat voor het eerste geen *Innenbeziehung* nodig is.

<sup>127</sup> E. BREMS, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, 256; S. RUTTEN, *I.c.*, 803; J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, 205-209.

<sup>128</sup> E. FOHRER, *o.c.*, 44.

<sup>129</sup> P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *RCDIP* 1997, 4.

<sup>130</sup> P. MAYER (1991), evenals D. COHEN, "La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *RCDIP* 1989, 481-482; R. LIBCHABER, "L'exception d'ordre public en droit international privé", in B. BEIGNIER, A. BENABENT, M.-C. BOUTARD-LABARDE en T. REVET (ed.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle, recueil thèmes et commentaires*, Paris, Dalloz, 1996, 65; P. HAMMJE, *I.c.*, 10 en 31.

<sup>131</sup> E. FOHRER, *o.c.*, 57; D. COHEN, *I.c.*, 480.

<sup>132</sup> G. COHEN-JONATHAN en J.F. FLAUSS, "Convention européenne des droits de l'homme et exécution des condamnations pénales prononcées à l'étranger", (noot onder Hof Mensenrechten 26 juni 1992, arrest-Drozd en Janousek), *Rev. trim. D.H.* 1994, 101-102; D. LOOSCHELDERS, "Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht", *Rabels*

Verdragsstaten bij het E.V.R.M. in bepaalde materies over een zekere appreciatiemarge beschikken. De beoordeling ervan gebeurt in het licht van de Europese openbare orde, die minder strikt is dan de interne, en *a fortiori* dan de internationaalprivaatrechtelijke openbare orde. De derde territoriale rechtskring van de openbare orde, de internationale internationale openbare orde<sup>133</sup> die steunt op volkenrechtelijke beginselen, is zo mogelijk nog algemener geformuleerd.

### \* *Het beroep op algemene rechtsbeginselen*

50. We gaven reeds aan dat met de bedoeling om terug aan te knopen bij de meest aangewezen bepaling, wat de oorspronkelijke doelstelling was en nog steeds is van het I.P.R.<sup>134</sup> – soms een beroep wordt gedaan op de techniek van de expliciete aanknoping bij bepaalde centrale beginselen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het belang van het kind<sup>135</sup>, het recht van verdediging<sup>136</sup>, de

---

*Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2001; F. SUDRE, "Existe-t-il un ordre public européen?", in P. TAVERNIER en P.-H. IMBERT (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite (35 années de jurisprudence: 1959-1994)*, Brussel, Bruylant, 1996, 39-80.

<sup>133</sup> Hierover: R. VANDER ELST, "Ordre public international, lois de police et lois d'application immédiate", in R. LEGROS (ed.), *Mélanges offerts à Robert Legros*, Brussel, ULB - Faculté de droit, 1985, 653-656: er bestaat niet zo iets als een internationale internationale openbare orde: de IPOO is noodzakelijk territoriaal gebonden; H. ROLIN, "Vers un ordre public réellement international", in J. BASDEVANT, *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant, professeur honoraire de la Faculté de droit de Paris, juge à la Cour internationale de justice*, Paris, Pédone, 1960, 445, met verwijzing naar de 'équité absolu' en het U.V.R.M.

<sup>134</sup> Deze doelstelling is als expliciete regel opgenomen in de Zwitserse I.P.R.-wet: Art. 15 Zwitserse federale wet van 18 december 1987 op het internationaal privaatrecht stelt dat het recht aangewezen door de I.P.R.-wet uitzonderlijk niet van toepassing is indien, met inachtneming van alle omstandigheden, het duidelijk is dat het geschil slechts een zeer zwakke band heeft met dat recht en dat het een veel nauwere band heeft met een ander recht. Deze proximitéscorrectie wordt niet doorgevoerd in de gevallen van rechtskeuze.

<sup>135</sup> O.m. Cass. 24 maart 1960, *Arr. Verbr.* 1960, 689; Cass. 20 maart 1941, *Pas.* 1941, I, 86, concl. Adv. Gen. R. HAYOIT DE TERMICOURT; Rb. Brussel 29 juni 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 232; Rb. Brussel 16 december 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 444; Rb. Luik 24 september 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 400; Rb. Luik 12 juni 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 410; Rb. Luik 5 juni 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 404; Rb. Antwerpen 6 mei 1992, *T. Vreemd.* 1992-93, 274; Rb. Luik 9 januari 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 397; Rb. Luik 28 mei 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 116, noot M. FALLON; Rb. Brussel 28 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 263; Rb. Luik, 21 oktober 1988, *J.L.* 1989, 132; Rb. Brussel 28 januari 1987, *T.B.B.R.* 1988, 340; Cass. 27 februari 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 887 (bevestigt Brussel 30 oktober 1984, *J.T.* 1985, 109); Bergen 25 juni 1991, *J.T.* 1991, 744 (bevestigt Rb. Charleroi 12 januari 1990, *J.T.* 1990, 662); Luik 29 april 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 363; Luik 5 november 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 363; Brussel 11 september 1984, *Pas.* 1985, II, 17; Rb. Antwerpen 2 november 1983, *T. Vreemd.* 1984, nr. 31, 154, noot J. ERAUW; Rb. Antwerpen 2 mei 1983, *T. Vred.* 1986, 114, noot J. ERAUW; M. FALLON (1988), 227; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 377 en 372; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 244; N. WATTE en A.-C. GYSELS, "La filiation et la vocation successorale en droit international privé", *Rev. dr. ULB* 1990, 129; J. MEEUSEN (1997), 136; M. FALLON (1988), 240; M. VERWILGHEN, "Conflits de loi relatifs à la protection de la personne des mineurs", *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 48; N. WATTE, "La notion de minorité et ses implications en droit international privé", *Rev. dr. étr.* 1994, extra afl., 10. Zie bv. ook de domicilieaanknoping bij adoptie door jeugdrb. Turnhout 20 februari 1981, *R.W.* 1980-81, 2740, noot K. LENAERTS: "daar de woonplaats, zetel van het overwegend belang, een adequate subsidiaire aanknopingsfactor uitmaakt welke toelaat het wetsconflict op te lossen tussen de nationale wetgeving waarmee men



goede trouw, billijkheid en redelijkheid, mensenrechten<sup>137</sup>, of expliciet in de lijn van het oorspronkelijke I.P.R.-denken: aanknoping bij de wet waarmee de nauwste banden bestaan, bv. ingeval van multipatridie bij de meest effectieve nationaliteit. In functie van de meest wenselijke oplossing, in het licht van de identiteit van de situatie of van een beginsel dat in de materie leidend moet zijn, wordt aangeknoopt bij een bepaalde rechtsorde.

In de confrontatie met vreemde rechtsculturen wordt daarbij onvermijdelijk uitgegaan van een “westers” standpunt inzake de betreffende beginselen. Aan de term ‘belang van het kind’ wordt bv. een internrechtelijke invulling gegeven. Dit mag, gezien de grote discretionaire macht van de rechter terzake die zich laat leiden door zijn maatschappelijk gevormde overtuiging, niet verwonderen, zeker niet als de betrokken waarde nog geen duidelijke plaats is toegekend op supranationaal niveau<sup>138</sup>.

**51.** Het zou evenwel ongepast zijn om elke invulling a.h.v. eigen beginselen af te doen als een vorm van juridisch kolonialisme of nationalisme in het I.P.R.<sup>139</sup> Is een fundamenteel beginsel in het geding, waar we geen afwijking binnen ons grondgebied van dulden, noch door Belgen, noch door vreemdelingen, en wordt dat beginsel volgens redelijke normen ingevuld<sup>140</sup>, dan kan de rechter niet worden verweten dat hij op ongepaste wijze tot assimilatie van de Belgische rechtscultuur dwingt<sup>141</sup>. Zijn oordeel kan bovendien scherper gesteld worden naargelang de betrokken situatie en de situering van zijn rechtsgevolgen en de

---

praktisch niets meer te maken heeft en de wetgeving van de woonplaats die in het belang van het kind alleszins dient te worden toegepast”.

<sup>136</sup> Zie o.m. rechtspraak inzake de erkenning van verstotingen.

<sup>137</sup> De Duitse school verkiest een inroeping als “norme d’application directe”, boven een hantering van de IPOO-exceptie: S. SAROLEA (1996), 154. Zie ook de vermelding door art. 6 EGBGB dat een schending van de mensenrechten een schending van de openbare orde vormt en als dusdanig de toepassing van de betreffende vreemde bepaling uitsluit.

<sup>138</sup> J. MEEUSEN (1997), 145; G. VAN HECKE, “Principes et méthodes de solution des conflits de lois”, *Rec. Cours* 1969, 479; F. VISCHER, “General course on private international law”, *Rec. Cours* 1992, 229. Ook met kinderrechten is dat nog steeds het geval, gezien de vaststelling dat vooralsnog aan een uiterst beperkt aantal bepalingen van het I.V.R.K. directe werking in de interne rechtsorde wordt toegekend.

<sup>139</sup> In de termen van J. MEEUSEN (1997).

<sup>140</sup> M.b.t. de invulling van de notie ‘redelijk’ kunnen weliswaar steeds bedenkingen rijzen. We kunnen slechts beklemtonen dat het er ons om gaat een eerlijke motivering te hanteren en waakzaam te zijn voor een veralgemening van cultuur- en contextgebonden factoren.

<sup>141</sup> O.m. J. ERAUW, “Tendenzen in het recht van grensoverschrijdende personen en families”, in X., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving, twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, l.c., 118. Vanzelfsprekend handelt de rechter steeds vanuit zijn eigen ‘framework’ (in de termen van CH. TAYLOR, *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge, University Press, 1989, 601 p.). Dit culturele en politieke kader is evenwel opgebouwd uit een aantal centrale waarden (‘hypergoods’) die gemeenschappelijk zijn aan alle frameworks, aan alle menselijke leef- en interactiestructuren. TAYLOR reikt als voorbeelden van dergelijke hypergoods o.m. de eerbied voor het menselijke leven aan. Daaruit worden nieuwe hypergoods ontwikkeld, zoals bv. het gelijkheidsbeginsel. Benoemen we onze waarden eerlijk in termen van goods en hypergoods en in verband met hun plaats in het frameworkpatroon, dan kunnen we komen tot een antwoord op de vraag welke rechten en beginselen een universele geldingskracht hebben; zie ook E. BREMS (2001), met de verwijzing naar *core human rights*.

betrokken personen zelf een sterkere binding met België hebben. Ook hier speelt m.a.w. het beginsel van de *Inlandsbeziehung*, de aandacht voor een sterke aanknoping bij de rechtsorde van het *forum*, op grond van verblijf, of - zoals in de ons bekende rechtspraak tot nog toe bovenal in aanmerking werd genomen - op grond van het feit dat één van de betrokkenen de nationaliteit van het *forum* heeft<sup>142</sup>.

Opnieuw ook spelen zowel de aard van het voorliggende beginsel als van de betwiste buitenlandse bepaling een doorslaggevende rol. De gestrengheid waarmee wordt opgetreden, staat in verhouding tot de mate waarin de betrokken situatie onverenigbaar is met onze meest fundamentele overtuigingen. De Belgische rechtsorde heeft het bv. moeilijker met verstoting zonder enige inspraak van de vrouw, bv. de Marokkaanse *talaq*, met kinderhuwelijken en gedwongen huwelijken, dan met bepaalde gevolgen van polygamie of met verstoting in onderling overleg (bv. de Marokkaanse *kohl*).

52. De inroeping van de genoemde fundamentele beginselen kan naar beoordeling en naar resultaat vaak gelijk worden gesteld met de BIPOO-exceptie en haar verzachte werking. Beide technieken worden bovendien vaak gecombineerd: de motivering van de exceptie steunt vaak expliciet op één van de genoemde beginselen. Een rechtstreeks beroep op de beginselen en hun plaats in het interne recht, met weglating van de sterke term 'openbare orde', heeft als voordeel dat met een positieve motivering van de buitenlandse wet wordt afgeweken. Eerder dan de ontoelaatbaarheid van de buitenlandse wet, wordt het wenselijke resultaat beklemtoond<sup>143</sup>. Dit vergroot de kans dat de uiteindelijke uitspraak wordt erkend door de rechtsorde waarvan de wet normaal gezien had moeten worden toegepast. De internationale beslissingsharmonie wordt m.a.w. gediend<sup>144</sup>, tenminste: mits geloofwaardig kan worden gemaakt dat het betreffende beginsel deel uitmaakt van de interne rechtsorde<sup>145</sup>.

<sup>142</sup> Hierover o.m. P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 272; W. WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *R.C.D.I.P.* 1963, 515.

<sup>143</sup> Soms wordt helemaal niet naar het toepasselijke buitenlandse recht verwezen: Brussel 11 december 1965, *R.C.J.B.* 1970, 8, noot F. RIGAUX; Rb. Luik 9 februari 1973, *J.L.*, 1972-73, 220, noot M.-H.; Vred. Grivegnée 11 oktober 1988, *J.T.* 1989, 168. Soms wordt eenvoudigweg gesteld dat het Belgische recht evenals het buitenlandse recht het belang van het kind vooropstelt en wordt zonder meer Belgisch recht toegepast: Luik 9 april 1981, *Jur. Adm. Inf.* 1981, 30; Brussel 27 juni 1967, *Pas.* 1969, II, 228; Rb. Brussel 9 juni 1956, *Pas.* 1957, II, 99; Brussel 21 maart 1974, *Doc. Jeugdbesch.* 1/92; Vred. Sint-Joost-ten-Node, 21 november 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 260. F. RIGAUX, "Droit international privé", in P. MAHILLON, *Les Nouvelles. Protection de la jeunesse*, Brussel, Larcier, 1978, 467; J.-L. VAN BOXSTAEL, "L'administration de la personne et des biens des incapables", in M. VERWILGHEN en R. DE VALCKENEER, *Relations familiales internationales*, Brussel, Bruylant, 1993, 217; M. VERWILGHEN, "Conflits de lois relatifs à la protection de la personne des mineurs", *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 37.

<sup>144</sup> Over het risico op hinkende rechtsposities bij inroeping van de BIPOO-exceptie: o.m. M.C. FOBLETS, "Enkele concrete voorstellen ter versteviging van de gezinspositie van Marokkaanse migrantenvrouwen in België: huwelijk en echtscheiding", in M.-C. FOBLETS (1998), 254.

<sup>145</sup> Cf. *supra*, randnr's 44-49, de bespreking van de rol van mensenrechten in het I.P.R. en het gevaar dat een rechtstreekse inroeping als een inbreuk op de soevereiniteit van het buitenlandse

### \* De techniek van de terug- of verderverwijzing

**53.** We wezen reeds op het feit dat bepaalde I.P.R.-keuzes getuigen van nationalisme. De Belgische rechter roept daarbij Belgische of westerse beginselen in met de bedoeling om Belgisch recht op de situatie toe te passen, ook al geeft hij daar niet steeds een overtuigende rechtvaardiging voor<sup>146</sup>. De toepassing van de *renvoi*, terug- of verderverwijzing<sup>147</sup>, is een geïnstitutionaliseerd voorbeeld van dergelijk nationalisme.

Ook al reduceert *renvoi* het gevaar op hinkende rechtsposities, aangezien de I.P.R.-regel van het normaal toepasselijke recht wordt toegepast, en ook al komt de internationale beslissingsharmonie op die wijze niet in het gedrang<sup>148</sup>, de techniek van de *renvoi* ondervindt veel tegenstand omdat hij ingaat tegen de basisdoelstellingen van het I.P.R.<sup>149</sup> Het I.P.R. wordt ermee gemanipuleerd in het

---

recht wordt beschouwd.

<sup>146</sup> Dit verschijnsel is systematisch onderzocht door J. MEEUSEN (1997). Eerste toepassing in België: Cass.-arrest-Bigwood van 9 maart 1882, *Pas.* 1882, I, 62 (verbrak een uitspraak in hoger beroep waarbij *renvoi* was geweigerd, maar deed geen expliciete uitspraak over de vraag of *renvoi* toelaatbaar was, aangezien deze vraag niet in de *saisine* was opgenomen. De discussie inzake de toelaatbaarheid van *renvoi* is ontstaan in Frankrijk (Cass. fr. 5 mei 1875, arrest-Forgo, *J.D.I.* 1875, 358; Cass. fr. 10 mei 1939, arrest-Birchall, *J.D.I.* 1940-1945, 107). Vandaag wordt *renvoi* in de materie van het personeel statuut en erfrecht hoofdzakelijk nog slechts toegepast voor een verwijzing naar de domiciliewet (J.G. SAUVEPLANNE, *Renvoi (Chapter 6), International Encyclopedia of comparative law, III: Private international law*, Tübingen, Mohr, 1990, 16; FRANCESKAKIS, o.c., nr. 268-271; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, nr. 13-15 en P. LERBOURS-PIGEONNIERE, "Observations sur la question du renvoi", *J.D.I.* 1924, 877-903; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, (2000), 279-289). Naar Nederlands recht is sinds 1975 ruimte ontstaan voor *renvoi*, n.a.v. het Benelux-ontwerp (ontwerp van uniforme wet inzake I.P.R. van de Beneluxlanden, goedgekeurd bij verdrag van 11 mei 1951, *Trb.* 1952, 86, herzien door verdragstekst 3 juli 1969, *Trb.* 1969, 167 en 1970, 16; Rb. Amsterdam 9 januari 1975, *N.J.* 1976, nr. 50: *renvoi* is een regel van (ongeschreven) Nederlands I.P.R. Voorheen werd de techniek verworpen op grond van de soevereiniteit van de Nederlandse rechtsorde: H.R. 8 januari 1943, *N.J.* 1943, nr. 202). Vandaag beschouwen de Nederlandse rechtbanken de verwijzingsregel steeds meer als deel van een mogelijkheid om in de praktijk alternatief aan te knopen. Steeds vaker wordt de wet toegepast die het meest wenselijke resultaat oplevert. Het nut van de *renvoi*-techniek neemt erdoor af.

Naar Duits recht bevatte art. 27 Ontwerpcode van 1896 reeds een expliciete *renvoi*-bepaling. Een ruime toelating van *renvoi* werd beoogd in functie van de internationale beslissingsharmonie en een zo ruim mogelijke toepassing van de *lex fori* (SAUVEPLANNE, *l.c.*, 21). In de uiteindelijke wet is *renvoi* evenwel slechts in vijf gevallen toegestaan, m.n. inzake algemene bekwaamheid, huwelijksbekwaamheid, huwelijksvermogensrecht, echtscheidingsrecht en erfrecht (Art. 4 Wet van 25 juli 1986 tot regeling van het internationaal privaatrecht, *RabelsZ* 1986, 663). Meerdere rechtbanken passen de techniek evenwel ruimer toe, wat verklaard kan worden door het feit dat de oorspronkelijk unilaterale regeling van de betreffende materies in de praktijk is gebilateraliseerd, o.m. in het familierecht. Naar Duits recht wordt, i.t.t. de meeste andere Staten, ook verderverwezen. In geen enkele rechtsorde wordt *renvoi* onvoorwaardelijk toegelaten. Het familierecht kent evenwel in elke rechtsorde de ruimste toepassing van de techniek.

<sup>147</sup> Rückverweisung (*renvoi au premier degré*) of Weiterverweisung (*renvoi au second degré*).

<sup>148</sup> J. ERAUW, "Renvoi gerenvooid", *TRD&I* 1995, 607 en J. DERUPPE, "Plaidoyer pour le renvoi", *Trav. com. fr. D.I.P.* 1964-66, 192 e.v.; F. RIGAUX en M. FALLON (1987), 272.

<sup>149</sup> J.G. SAUVEPLANNE, o.c., 7 en 10. Zie ook de uitsluiting van *renvoi* in o.m. art. 1 Belgisch-Marokkaans Verdrag.

voordeel van een toepassing van het eigen recht of van beginselen die er beter mee verzoend kunnen worden.

Voorstanders van de techniek halen aan dat de verwijzingsoefening er op positieve wijze mee kan worden gemanipuleerd, met het oog op het meest gewenste resultaat, en dat het I.P.R. door naar een andere rechtsorde te verwijzen aangeeft dat het Belgische recht zich als dusdanig niet betrokken voelt bij de zaak<sup>150</sup>.

Tegenstanders brengen tegen dat laatste argument in dat die zwakke betrokkenheid blijkbaar niet belet dat het Belgische recht wél meent te weten welke rechtsorde de rechtssituatie dan wél het best beheerst<sup>151</sup>.

**54.** Omwille van het genoemde manipulatieve karakter verbiedt het wetsvoorstel tot Belgische codificatie *renvoi*. Het ligt daarmee in de lijn van de meeste Haagse Verdragen, zij het inzake familierecht slechts het Haagse huwelijksverdrag, het huwelijksvermogensverdrag en het Verdrag inzake onderhoud<sup>152</sup>. Het Haagse echtscheidingsverdrag, het wetsconflictenverdrag, het renvoiverdrag en de I.P.R.-resolutie van het Instituut voor Internationaal Recht daarentegen laten *renvoi* expliciet toe<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> Hierover o.m. M. TRAEST (2002), 483, die verwijst naar het voorstel van M. FALLON, "Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé", in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 219, om de rechter van het land van verblijf vrij te laten oordelen over de toelaatbaarheid van *renvoi*. Vergt men immers tevens het oordeel van het herkomstland, dan komt men in een kringredenering terecht: het nationale recht verwijst immers naar de wet van de verblijfsstaat. De verblijfsstaat kan aldus *renvoi* toepassen, in het voordeel van de toepassing van zijn eigen wet en tevens van de internationale beslissingsharmonie en gemeenschapsvriendelijke benadering.

<sup>151</sup> J.G. SAUVEPLANNE, o.c., 7; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, "Observations sur la question du renvoi", *J.D.I.* 1924, 877-903; P. BELLET, "Comité français du droit international privé", *RCDIP* 1981, 210, verwijst naar de stelling van J. FOYER, dat de *renvoi* aan zijn requiem toe is. Zie ook "Requiem pour le renvoi?", *Trav. Comité fr. Dr. intern. pr.* 1980-81, 105; P. BELLET, *l.c.*, 112, vermeldt tevens dat Y. LOUSSOURAN de techniek van de *renvoi* niet volledig ongenegen is, dat P. MALAURIE ze beschouwt als een noodzakelijk kwaad en dat P. LAGARDE en J. FOYER menen dat de groeiende rechtsverfijning de techniek overbodig zal maken.

<sup>152</sup> Art. 1 huwelijksverdrag 12 juni 1902, *B.S.* 10 juli 1904; Onderhoudsverdrag van 2 oktober 1973; meerdere andere Haagse Verdragen in de materies van o.m. trust, contractenrecht en erfrecht (art. 17 verdrag van 1 augustus 1989 inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging bij versterf). *Renvoi* zou afbreuk doen aan de integratie die men met de verdragen nastreeft: M. PELICHET, Doc. pré. N° 1 van september 1982, in CONFERENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (ed.), *Actes et documents de la session extra-ordinaire du 14 au 30 octobre 1985*, Den Haag, Imprimerie nationale, 1987, 90.

<sup>153</sup> Art. 1 Haags echtscheidingsverdrag van 12 juni 1902, *B.S.* 10 juli 1904 (België was door dit Verdrag slechts gebonden in de periode 1 augustus 1904 – 1 juni 1919); art. 1 en 2 Haags verdrag van 15 juni 1955 tot regeling van de conflicten tussen de nationale wet en de wet van de woonplaats, goedgekeurd bij wet van 11 april 1962, *B.S.* 26 oktober 1966, weergeg. in J. ERAUW, *Bronnen van internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 22 (slechts bekrachtigd door België en Nederland); Haags Verdrag van 14 maart 1978; Resolutie van 17-25 augustus 1999 van het Instituut voor Internationaal Recht betreffende het in aanmerking nemen van het buitenlandse internationaal privaatrecht.

**55.** Vandaag wordt de techniek nog ruim gehanteerd<sup>154</sup>, voornamelijk uit *favor filiationis*, *favor matrimonii* of *favor divortii*<sup>155</sup>. Het past evenwel om te wijzen op de vaststelling van J. MEEUSEN dat de meeste beslissingen die een terugwijzing naar het Belgische recht toepassen, benadrukken dat de betrokkene *in casu* reeds sinds geruime tijd in de Belgische samenleving verbleef. Ook via de *renvoi*-techniek wordt m.a.w. voornamelijk slechts een correctie geboden op de systematische aanknoping bij de nationale wet als de situatie voldoende nauw met de Belgische rechtsorde is verbonden<sup>156</sup>.

### \* De techniek van de wegkwalificering

**56.** Een vierde techniek die wordt gehanteerd om een uitzondering te vormen op de verwijzing naar de nationale wet, is de techniek van de wegkwalificering. Ze bestaat erin om bv. een grondvoorwaarde voor het huwelijk die gevoelig ligt op indirecte wijze buiten toepassing te laten, door ze te herkwalificeren tot vormvoorwaarde voor het huwelijk. Het probleem van de onaanvaardbare vereiste naar buitenlands recht wordt zo weggekwalificeerd als de huwelijksluiting plaatsvindt in België, in toepassing van de regel '*locus regit actum*'. Uitspraken in deze zin zijn gedaan m.b.t. o.m. de grondvoorwaarde van de religieuze huwelijksluiting<sup>157</sup> en die van de verplichte vertegenwoordiging van de meerderjarige bruid door haar vader<sup>158</sup>.

Het is evenwel de vraag in hoeverre de techniek van nut is voor de internationale

<sup>154</sup> O.m. inzake grondvoorwaarden voor het huwelijk: Brussel 18 oktober 1988, *J.L.M.B.* 1989, 348; echtscheiding: Cass. 14 december 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 445, ter bevestiging van Brussel 23 maart 1977, *Rev. not. b.* 1977, 495; Brussel 18 oktober 1988, *J.L.M.B.* 1988-89, 348 (m.b.t. schijnhuwelijk); Brussel 1 juni 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 173, noot H. WYCKAERT; Rb. Luik 24 mei 1966, *J.T.* 1966, 653; inzake afstamming o.m. Brussel 24 juni 1964, *Pas.* 1965, II, 216; Rb. Brussel 20 februari 1990, *T.B.B.R.* 1991, 86; Rb. Brussel 29 september 1987, *Pas.* 1987, III, 110; inzake adoptie o.m. Cass. 4 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 919; Brussel 2 april 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 169, noot K. LENAERTS; Rb. Brugge 7 juni 1994, *T. Not.* 1994, 457; Rb. Gent 5 maart 1992, *R.W.* 1992-93, 1099. Alle bovengenoemde uitspraken betreffen terugwijzingen. Van de uitspraken die we konden raadplegen, was er slechts één waaruit de bereidheid bleek om verder te verwijzen naar een buitenlandse wet: Rb. Luik 18 juni 1947, *J.L.* 1947, 34. Inzake afstamming paste Rb. Luik 2 juni 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 400, een verderverwijzing naar Belgisch recht toe.

<sup>155</sup> O.m. J. FOYER, noot onder Paris 8 maart 1983, *RCDIP* 1984, 300.

<sup>156</sup> J. MEEUSEN (1997), 236, met verwijzing naar o.m. Cass. 4 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 919; Cass. 9 maart 1882, *Pas.* 1882, I, 62; Brussel 1 juni 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 173, noot H. WYCKAERT; Brussel 23 maart 1977, *Rev. not. b.* 1977, 495, bevestigd door Cas. 14 december 1978, *Arr. Cass.* 1978-79, 445.

<sup>157</sup> Cass 19 januari 1852, *Pas.* 1852, I, 85; Brussel 16 maart 1961, *Pas.* 1962, II, 68; Rb. Dendermonde 29 juni 1989, *Pas.* 1990, III, 16; Rb. Antwerpen 14 maart 1986, *R.W.* 1986-87, 953, noot L. DE FOER; Rb. Brussel 29 oktober 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 291. Tevens verkieslijk geacht door B. AUDIT (1984), 322; B. AUDIT, "Qualification et droit international privé", *Droit* 1993, 62; J. DEPREZ (1988), 282; J. ERAUW (1985), 151; A. HEYVAERT (1995), 117; J. MEEUSEN (1997), 198; K. WAUTERS-LAMBEIN en W. WAUTERS, "Enkele I.P.R.-beginselen inzake het internationale (consulaire) huwelijk en de internationale echtscheiding" (noot onder Gent 12 september 1994), *A.J.T.* 1994-95, 226. Cass. fr, arrest-Caraslanis, 29 juni 1955, *J.D.I.* 1955, 682, noot J.B. SIALELLI, *R.C.D.I.P.* 1955, 723, noot H. BATIFFOL.

<sup>158</sup> O.m. in toepassing van de Marokkaanse Mudawwanah. Cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 2, randnrs 55-61 en 136-172. Zie ook reeds J. MEEUSEN (1997), 258-259; V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 54.

beslissingsharmonie. De landen van herkomst zullen zelden aanvaarden dat via deze weg van de fundamenteel geachte grondvoorwaarden wordt afgestapt<sup>159</sup>. De techniek moet daarom met voorzichtigheid worden gehanteerd, wat bepaalde rechters in een aantal materies reeds hebben aangevoeld<sup>160</sup>.

## C.2. CORRECTIES OP HET NATIONALITEITSBEGINSEL BIJ MULTIPATRIDIE

### C.2.A. HET RISICO VAN HINKENDE RECHTSPOSITIES

57. Naast de doelstelling van het I.P.R. om aan te sluiten bij de rechtsorde waarmee de nauwste band bestaat<sup>161</sup>, dient het belang benadrukt om hinkende rechtsposities te vermijden. Ook deze doelstelling wordt evenwel bedreigd door het huidige nationaliteitsrecht. Een soepele wijze om de nationaliteit te verwerven, waarbij geen afstand van de oorspronkelijke nationaliteit wordt gevergd<sup>162</sup>, vergroot immers de kans op multipatridie<sup>163</sup>.

<sup>159</sup> J.-Y. CARLIER, "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial, *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 453.

<sup>160</sup> Cf. *infra*, deel 3B, hoofdstuk 4, voor de wijze waarop wordt omgegaan met o.m. het verbod om te huwen met een gescheiden persoon (o.m. Brussel 14. december 1955, *R.C.D.I.P.* 1957, 68, noot F. RIGAUX; Rb. Luik 5 november 1958, *J.L.* 1958-59, 171), met het verbod te huwen met de medeplichtige aan overspel en met het huwelijksverbod op medische gronden (G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 219).

<sup>161</sup> Ontleend aan F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts VIII*, Darmstadt, 1956, nr. 348.

<sup>162</sup> Dergelijke vereiste zou bovendien moeilijk achteraf afdwingbaar zijn: G.-R. DE GROOT, "The European Convention on nationality: a step forwards to a *ius commune* in the field of nationality law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2000, 140: verlies van de nationaliteit omdat de betrokkene zijn belofte om de vorige nationaliteit te verlaten niet heeft nageleefd, is onaanvaardbaar. Zie evenwel art. 1.1 Verdrag van 6 mei 1963: "Meerderjarige onderdanen van de overeenkomstsluitende partijen verliezen hun nationaliteit, indien zij tengevolge van een uitdrukkelijke wilsverklaring de nationaliteit van een andere Partij verkrijgen door naturalisatie, optie of herkrijging van die nationaliteit; het mag hun niet worden toegestaan hun vroegere nationaliteit te behouden". Art. 1.2. bepaalt hetzelfde voor minderjarige onderdanen van de overeenkomstsluitende partijen; art. 1.3. bepaalt hetzelfde voor minderjarige kinderen, met uitzondering van hen die gehuwd zijn of geweest zijn, die op het tijdstip en tengevolge van de naturalisatie, de optie of de herkrijging van de nationaliteit van hun vader of moeder, van rechtswege de nationaliteit van een andere overeenkomstsluitende partij krijgen. Verliest slechts één van de ouders zijn nationaliteit, dan wordt de wet van het betrokken land toegepast om te bepalen wie van zijn ouders het kind in de nationaliteit zal volgen. De betrokken wet kan het verlies laten afhangen van de voorafgaandelijke instemming van de ouder of vertegenwoordiger met de verkrijging door het kind van de andere nationaliteit. Ook kan de wet bepalen dat het kind later terug de nationaliteit kan verkrijgen door nationaliteitsverklaring. België heeft het Verdrag niet geratificeerd. Art. 15 van het Nationaliteitsverdrag van 6 november 1997 van de Raad van Europa legt geen gedwongen afstand of verlies op, maar laat de Verdragsstaten vrij om al dan niet een afstandseis in te stellen (Nederland, Oostenrijk en Zweden zijn de enige EU-lidstaten die het Verdrag vooralsnog hebben geratificeerd. Over het Verdrag o.m. G.-R. DE GROOT, "Het Europese nationaliteitsverdrag: een nieuwe uitdaging voor het Nederlandse nationaliteitsrecht", *F.J.R.* (Ndl.) 1998, 234-241 en "Europees nationaliteitsverdrag in werking voor Nederland", *M.R.* (Ndl.) 2002, 4-12). In het licht van het verdrag van New York van 1954 m.b.t. de staatlozen, moet evenwel worden vermeden dat een persoon staatloos wordt. Een afstandseis alvorens de nieuwe nationaliteit is verworven, lijkt ons dan ook ongeoorloofd: zie ook: S. D'HONDT, in M.-C. FOBLETS e.a. (2002), 279.

De aanvankelijk weigerachtige houding tegenover multipatridie heeft weliswaar plaats geruimd voor het besef dat een toename van meervoudige nationaliteit een onvermijdelijke consequentie is van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, aangezien niet enkel mannen, maar ook vrouwen hun nationaliteit doorgeven aan hun kinderen<sup>164</sup>, en van de stabilisering van migratie<sup>165</sup>. Niettemin moet worden erkend dat multipatridie geen goede zaak is voor het Belgische I.P.R., aangezien het het risico op hinkende rechtsposities vergroot. Het land van herkomst en tevens van eerste nationaliteit zal immers niet steeds aanvaarden dat de later verworven nationaliteit primeert bij beslissingen in het land van tweede nationaliteit. Wordt aan de nationaliteitsverwerving niet een zekere vereiste van integratie, of minstens van een werkelijke band gekoppeld, waaruit rechtstreeks of onrechtstreeks de intentie kan worden afgeleid om nauw verbonden te blijven met het betrokken land, of waardoor minstens de buitenlandse rechter zich soepel kan opstellen in functie van de overwegende band met het land van tweede nationaliteit, dan wordt de vrije loop gelaten aan dergelijke negatieve confrontaties van de rechtsverhouding met buitenlandse rechtsstelsels. Tekenen van integratie verhogen daarentegen de kans dat de betrokkene het centrum van zijn belangen in het land van tweede of latere nationaliteit situeert, en dat zijn rechtspositie niet langer door de rechtsorde van het land van oorsprong zal worden beïnvloed, of minstens dat de kans daartoe beperkt is. Het risico op een hinkende rechtssituatie zal zich dan wegens de feitelijke situatie niet zo snel realiseren.

## 58. Omgekeerd kan de Belgische rechtsorde worden geconfronteerd met een

<sup>163</sup> Het Straatsburgse Verdrag van 6 mei 1963 tot vermindering van de gevallen van meervoudige nationaliteit, beoogt dit probleem te reduceren. De nationaliteitswet van o.m. volgende Staten voorziet in een automatisch verlies van de oorspronkelijke nationaliteit bij vrijwillige verkrijging van een vreemde nationaliteit: België, Duitsland (onder bepaalde voorwaarden, waaronder geen verblijfplaats of langdurig verblijf in Duitsland), Denemarken, Finland, Frankrijk (mits gewoonlijk verblijf in het buitenland en uitdrukkelijke verklaring in die zin), Griekenland, Italië (mits verblijf in het buitenland), Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Spanje (mits drie jaar verblijf in het buitenland) en Zweden. Dergelijke bepaling is niet voorzien in volgende Staten, die wél toelaten dat de betrokkene vrijwillig afstand doet van de nationaliteit: Ierland (mits hoofdverblijf in het buitenland), Portugal en het V.K. Bron: Antwoord op vr. nr. 489 V. Decroly van 23 november 2001, *Vr. en Antw. Kamer* 2001-2002, bull. 115, nr. 489, 13.930.

<sup>164</sup> Zie het tweede protocol bij het Straatsburgse Verdrag, dat de ratificerende landen (Nederland, Frankrijk en Italië) de mogelijkheid laat om te bepalen dat hun onderdanen de nationaliteit behouden bij verwerving van een nieuwe nationaliteit. Hierover: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Het meerdere. Een regeringsnotitie over meervoudige nationaliteit", *N.J.B.* 1991, 1736, die erop wijst dat het protocol en het Verdrag innerlijk tegenstrijdig zijn, aangezien het ene toelaat om multipatridie te creëren, terwijl het andere multipatridie bestrijdt. Zie ook Resolutie 77 (13) van 27 mei 1977 van de Raad van Europa betreffende de nationaliteit van wettige kinderen. Over de gewijzigde houding t.a.v. multipatridie: o.m. M. VERWILGHEN, "Conflits de nationalité. Pluripatridie et apatridie", *R.C.A.D.I.* 1999, 317; L. JORDENS-COTRAN, "Dubbele nationaliteit en naturalisatie. Een interview met Prof. Mr. G.R. De Groot over de (bestrijding van) bipatridie", *Migrantenrecht*, 1991, nrs. 3-4, 73-75; Prof. De Groot pleit voor een ruimere toelating van bipatridie, en voor een verzachting of afschaffing van de afstandseis bij verwerving van de Nederlandse nationaliteit; G.-R. DE GROOT, "Europees nationaliteitsverdrag in werking voor Nederland", *M.R. (Ndl.)* 2002, 4; N. MOLE, "Multiple Nationality and the European Convention on Human Rights", *M.R. (Ndl.)* 2002, 112-120.

<sup>165</sup> G.-R. DE GROOT, *l.c.*, 5: n.a.v. die evolutie werd het tweede protocol aangenomen.

buitenlandse beslissing waarbij de rechter niet de Belgische wet, maar de wet van een andere Staat waarvan de betrokkene eveneens de nationaliteit draagt, heeft toegepast. Een oordeel over de erkenning van dergelijke beslissing gebeurt in toepassing van de criteria die staan beschreven in art. 570 Ger. W. Van deze erkenningvoorwaarden houdt slechts één verband met de nationaliteit van de partijen. Het betreft de vraag naar de rechtsmacht, die een antwoord vindt in de bevoegdheid van de vreemde rechtbank op basis van de nationaliteit van de eiser. Betreffende het toepasselijke recht is ter zake niets bepaald. Ook bestaat er geen algemeen rechtsbeginsel of rechtsprincipe van publiek- of privaatrecht dat zich tegen de toepassing van een andere nationale wet verzet. De Belgische rechter zal een erkenning dus redelijkerwijze niet kunnen weigeren. Een hinkende rechtspositie zal alvast niet door zijn toedoen optreden. Dat belet evenwel niet dat de rechtssituatie mogelijk door tegenstrijdige rechtsbepalingen wordt geregeld, als voorheen reeds in België daarmee moeilijk verenigbare rechtsgevolgen waren toegekend in toepassing van Belgisch recht.

### **C.2.B. HET RISICO DAT NIET WORDT AANGEKNOOPT BIJ DE RECHTSORDE VAN DE MEEST EFFECTIEVE NATIONALITEIT**

**59.** Een confrontatie met de instanties van het land van herkomst houdt niet enkel het risico in dat een toepassing van de Belgische wet *ten onrechte* wordt afgewezen, m.n. als die daadwerkelijk de meest effectieve nationale wet is. De regel om in geval van meervoudige nationaliteit systematisch aan te knopen bij de Belgische wet<sup>166</sup> strookt bovendien niet steeds met de doelstelling om aan te knopen bij de meest *aangewezen* wet.

De Belgische rechter steunt zich weliswaar op art. 3 van het Haagse Verdrag van 1930 om met betrekking tot personen die naast de Belgische ook nog één of meerdere andere nationaliteiten hebben, uitsluitend rekening te houden met de Belgische nationaliteit<sup>167</sup>. Deze optie kan verklaard worden door het streven van

<sup>166</sup> O.m. Rb. Gent 20 december 2001, A.R. 01/4071/A, *onuitg.*: nietigverklaring van een huwelijk dat in strijd met de Belgische verwantschapsbeletselen is aangegaan; Vred. Etterbeek 13 oktober 1987, *T. Vreemd.* 1988, 26, noot M.C. FOBLETS: een echtscheiding op grond van eenzijdige verstoting, in Marokko uitgesproken, wordt door de Belgische rechter niet erkend als één van de partijen Belg is.

<sup>167</sup> Art. 1 Verdrag van 12 april 1930 nopens zekere vragen betreffende de wetsconflicten inzake nationaliteit, getekend te 's Gravenhage, goedgekeurd bij wet van 20 januari 1939, *B.S.* 13 augustus 1939, stelt: "Het behoort tot de bevoegdheid van iedere staat in zijn wetgeving te bepalen wie zijn onderdanen zijn. Deze wetgeving moet door de andere staten worden erkend, voor zover zij in overeenstemming is met de internationale verdragen, de internationale gewoonte en de algemeen erkende rechtsbeginselen ter zake van nationaliteit." Art. 5 van het Haagse Verdrag bepaalt dat een derde land steeds slechts één nationaliteit van de betrokkene in aanmerking neemt. Ofwel erkent het de nationaliteit van het land waar de betrokkene zijn gewone en voornaamste verblijfplaats heeft, ofwel die van het land waaraan deze persoon in de gegeven omstandigheden feitelijk het nauwst verbonden schijnt te zijn. Art. 3 van het Nationaliteitsverdrag bepaalt evenwel dat een persoon die twee of meer nationaliteiten heeft, door elk van de betrokken Staten als zijn onderdaan kan worden beschouwd. Dat laatste is bevestigd door o.m. Luik 8 september 1992, *J.T.* 1993, 577; Brussel 9 maart 1993, *F.J.F.* 1993, 513; Luik 16 november 1993, *T.B.B.R.* 1994, 503; Luik 19 maart 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 323-326: "en cas de binationalité, lorsque la personne possède la nationalité du for et une nationalité étrangère, la préférence pour la première nationalité (...) correspond trop à l'intérêt politique de



ons nationaliteitsrecht naar integratie.

60. Het belang om in het licht van het materiële gelijkheidsbeginsel rekening te houden met de concrete situatie van elke vreemdeling, geeft evenwel aan dat het uniformiserende effect van de verwerving van de Belgische nationaliteit soms beter gemilderd kan worden. Maakt de aanknopingsregel bij multipatridie immers niet nog veel explicieter dan het nationaliteitscriterium zelf inbreuk op de centrale doelstelling van het I.P.R. om aan te knopen bij het recht waar de situatie de nauwste banden mee heeft<sup>168</sup>? Nagaan welke nationaliteit de meest effectieve is, is in het licht van het gelijkheidsbeginsel een noodzakelijke optie<sup>169</sup>. Het moet een tegenwicht bieden aan o.m. de vaststelling dat de functie van het nationaliteitsrecht als integratiemeter stilaan uitgedoofd raakt door de steeds soepelere verwervingsvoorwaarden<sup>170</sup>.

---

l'Etat du for pour ne pas être généralement respectée"; Rb. Aarlen 21 februari 1992, *T.B.B.R.* 1993, 406; Rb. Brussel 28 mei 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 603; Vred. Luik 30 januari 1997, *J.L.M.B.* 1998, 426, noot B. MAIRY; Vred. Antwerpen 27 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 1393, noot J. VERHELLEN; Vred. Antwerpen 9 oktober 1997, *R.W.* 1997-98, 1395, noot J. VERHELLEN; Cass. 14 november 1997, *Rev. not. b.* 1998, 99; F. RIGAUX, *Droit international privé*, I, Brussel, Larcier, 1987, nr. 122; A. HEYVAERT (1995), nr. 21, 8; J. ERAUW, "Tendenzen in het recht van grensoverschrijdende personen en families", in X., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving, twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 116.

<sup>168</sup> P. LAGARDE, "Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la première chambre civile du 22 juillet 1987)", *R.C.D.I.P.* 1988, 35; J. VERHELLEN, "Dubbele nationaliteit en het onderzoek naar de effectieve nationaliteit" (noot onder Vred. Antwerpen 9 oktober 1997), *R.W.* 1997-98, 1398.

<sup>169</sup> Zie bv. 's Gravenhage 14 juni 2000, *NIPR* 2000, 310, waarbij werd geoordeeld dat de effectieve nationaliteit van een man die sinds een jaar de Nederlandse nationaliteit had, maar geen Nederlands sprak en sedert enkele jaren de helft van het jaar in Turkije woonde met een andere vrouw, de Turkse nationaliteit was. Zie ook de huidige aanknopingsregel bij twee vreemde nationaliteiten bij hetzij de nationaliteit van het land van gewoonlijk verblijf, hetzij de meest effectieve nationaliteit: M. FALLON, noot onder Cass. 29 september 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 520-525, met verwijzing naar L. LOUIS-LUCAS, "Les conflits de nationalités", *Rec. Cours* 1938, 50; zie ook M. VERWILGHEN, *l.c.*, 411. We herhalen hier evenwel dat het een loutere optie, en voornamelijk geen internationaalrechtelijke verplichting betreft: zie ook M.-C. FOLETS, "Plurinationalité et statut personnel. Autoriser les mariages par procuration engageant des ressortissants belges", *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 288.

<sup>170</sup> Voor een aanknopingsregel bij de meest effectieve nationaliteit: zie o.m. Rb. Namen 22 september 2000, *Rev. dr. étr.* 2000, 678; Rb. Luik 28 juni 1991, *Rev. dr. étr.* 1991, 220, noot M.-C. FOLETS, hervormd door Luik 16 november 1993, *T.B.B.R.* 1994, 503, noot L. BARNICH. Zie ook J. ERAUW, M. FALLON, M. LIENARD-LIGNY, J. MEEUSEN, H. VAN HOUTTE en N. WATTE, *Voorstel van een ontwerp van wet houdende wetboek van internationaal privaatrecht*, 28 februari 1998, *Memorie*, 2; M. FARGE, *Le statut personnel des étrangers en France, de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, doct. Grenoble, 2000; P. LAGARDE, "Vers une approche fonctionnelle du conflit de nationalités...", *R.C.D.I.P.* 1988, 29-54 en "Le principe de proximité dans le droit international contemporain", *Rec. Cours* 1986, III, nrs. 74 en 82; Y. LOUSSOUARN, "La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé", *A.I.D.I.*, 1987, 295-371; F. VISCHER, "General course on private international law", *Rec. Cours* 1992, 112-115. *Contra*: o.m. B. AUDIT, "Le droit international privé à la fin du XXe siècle: progrès ou recul?", *R.I.D.C.* 1998, 444. Het belang van een aanknopingsregel bij de meest effectieve nationaliteit blijkt nog duidelijker bij de beoordeling van de huwelijksgevolgen, waar het gebrek aan een gemeenschappelijke nationaliteit aanleiding geeft tot een toepassing van het recht van de gemeenschappelijke verblijfplaats. Ook een koppel dat eenzelfde nationaliteit deelt, zal evenwel als nationaliteitsgemengd worden gekwalificeerd, omdat één van hen tevens een andere

Hierbij denken we voornamelijk aan de regeling van art. 11 W.B.N. Een derdegeneratiemigrant verwerft automatisch de Belgische nationaliteit bij geboorte in België, mits één van zijn ouders gedurende vijf jaar in de loop van de tien jaren voorafgaand aan zijn geboorte of adoptie zijn hoofdverblijfplaats in België heeft gehad. Dat verblijf dient niet ononderbroken te zijn, en kan reeds enkele jaren voorheen zijn beëindigd<sup>171</sup>. Het kind kan in België zijn geboren tijdens een kort vakantieverblijf van zijn ouders.

Wenst het niet dat de Belgische nationaliteit primeert op zijn oorspronkelijke nationaliteit, dan kan het weliswaar in toepassing van art. 22 § 1 2° W.B.N. afstand doen van zijn Belgische nationaliteit. Daartoe moet de betrokkene evenwel wachten tot zijn achttiende verjaardag. Bovendien is het de vraag of uit stilzitten ter zake, m.a.w. uit het behoud van de Belgische nationaliteit, zonder meer mag worden afgeleid dat de Belgische nationaliteit de meest effectieve is. Ook de verkrijging van de Belgische nationaliteit door een vrijwillige handeling van de betrokkene – nationaliteitsverklaring (art. 12*bis*), nationaliteitskeuze (art. 13-15) of naturalisatie (art. 18-21) – maakt een effectiviteitsonderzoek niet overbodig en schept slechts het *vermoeden* dat de betrokkene de voorkeur verleent aan zijn Belgische nationaliteit<sup>172</sup>. Het onderzoek kan gebeuren aan de hand van criteria zoals de woonplaats, de gewoonlijke verblijfplaats, ruim beschouwd het centrum van de persoonlijke socio-economische belangen<sup>173</sup>.

---

nationaliteit heeft, niet eens noodzakelijk de Belgische. Vervolgens Belgisch recht toepassen als recht van de eerste gemeenschappelijke verblijfplaats, is een handelswijze die moeilijk ondersteund kan worden, te meer wanneer het nieuwe migranten betreft: J. MEEUSEN (1997), 107 (leidt tot meer toepassing van Belgisch recht). J. ERAUW, in M.-C. FOLETS e.a. (2002), 431 ("de redenering is gewrongen en is een mystificatie"). Deze situatie doet zich tevens voor in het nadeel van een aanknoping bij de Belgische wet: ook al wordt een echtgenoot tijdens het huwelijk Belg en hebben beide partners daardoor voortaan eenzelfde nationaliteit, het huwelijksvermogensstelsel blijft geregeld door de wet van de eerste gemeenschappelijke verblijfplaats: Rb. Luik 2 april 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1201, noot S. NUDELHOLE. O.i. zou binnen de huidige regeling de aanknoping minstens na verloop van tijd moeten worden herzien wanneer blijkt dat de gemeenschappelijke nationaliteit de meest effectieve nationaliteit is.

<sup>171</sup> T.a.v. tweedegeneratiemigranten stelt art. 11*bis* W.B.N. aan de kandidaat-Belg wél een verblijfsvereiste die loopt van de geboorte tot de verklaring, d.i. hoogstens tot de leeftijd van twaalf jaar. Ook al gaat de verklaring niet van de betrokkene zelf uit, gezien het hoofdverblijf van zijn ouders in België sinds ten laatste tien jaar vóór de verklaring, kan alvast in hun hoofde een sterke band met de Belgische rechtsorde worden aangenomen. Na tien jaar verblijf is de kans op terugkeer naar het land van herkomst minstens enigszins afgezwakt. Het kind zelf heeft ontegensprekelijk een voldoende nauwe band met België, aangezien het er sinds zijn geboorte verblijft. J. VERHELLEN, "Dubbele nationaliteit en het onderzoek naar de effectieve nationaliteit" (noot onder Vred. Antwerpen 9 oktober 1997), *R.W.* 1997-98, 1399, meent daarentegen dat ook multipatridie n.a.v. art. 11*bis* W.B.N. tot aanknopingsproblemen aanleiding kan geven.

<sup>172</sup> J. VERHELLEN, *l.c.*, 1399; J. KOSTERS, "La nationalité à la Conférence de La Haye pour pour la codification du droit international", *R.C.D.I.P.* 1930, 425-427.

<sup>173</sup> Dergelijke richtlijnen zijn aangewezen om situaties als de volgende te vermijden: Brussel 16 maart 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 281, noot M.C. FOLETS: Marokkaans recht werd toegepast op een Belgisch-Marokkaanse die nochtans een overwegende band met België had. De vrouw wilde het huwelijk laten nietigverklaren op grond van gebrek in de toestemming bij de huwelijksluiting. Die was bij volmacht gebeurd. De aanknoping door de rechter bij het Marokkaans recht was niet eens ingegeven door een gewenst resultaat. De vordering werd immers afgewezen, terwijl het Marokkaans recht nochtans het huwelijk bij volmacht nergens

Geven deze objectieve elementen geen uitsluitel, dan kan rekening worden gehouden met de persoonlijke voorkeur van de betrokkene<sup>174</sup>. Een verdragsrechtelijke vastlegging van de onderzoekscriteria zou een grensoverschrijdende uniforme regeling mogelijk maken<sup>175</sup>, wat het risico op hinkende rechtsposities nog meer zou inperken.

61. De bovengenoemde overwegingen liggen vandaag reeds aan de basis van rechtspraak die op zoek gaat naar de meest efficiënte aanknopingspunt<sup>176</sup>. Uit de toenemende aandacht voor de effectieve nationaliteit blijkt dat langzamerhand wordt afgestapt van de oorspronkelijke filosofie waarrond de nationaliteitsaanknopingspunt was opgebouwd. De huidige filosofie van 'burgerschap' dringt langzaam door.

### C.2.c. DE VASTSTELLING DAT EEN ONEFFICIËNTE AANKNOPING STEEDS VAKER WORDT VERLATEN VOOR EEN LOUTER FUNCTIONELE AANKNOPING

62. Duidelijke richtlijnen zijn tevens aangewezen met het oog op de vaststelling dat bepaalde rechters gebruik lijken te maken van een positief nationaliteitsconflict, om een probleem dat hen wordt voorgelegd op een functionele wijze te benaderen<sup>177</sup>. Het is weliswaar van belang om tot het meest wenselijke resultaat te komen<sup>178</sup>. *Fraude à la loi belge* moet evenwel vermeden

---

expliciet erkent en sinds de wet van 1993 de nadruk wordt gelegd op de persoonlijk toestemming en op de persoonlijke verschijning. Niet alleen koos de rechter m.a.w. voor een minder evidente aanknopingspunt. Ook paste hij de Marokkaanse wet verkeerd toe.

<sup>174</sup> Zie bv. Brussel 22 april 1988, *J.T.* 1988, 664.

<sup>175</sup> J. VERHELLEN, *I.c.*, 1400.

<sup>176</sup> O.m. erkenning van een verstoting, ook al is de man een Belgische Marokkaan, op grond van de vaststelling dat de echtgenote in het land van herkomst (bv. Marokko) verblijft op het ogenblik van de verstoting, en de voorwaarden van art. 570 Ger. W. zijn nageleefd: Antwerpen 30 november 1982, *Rev. dr. étr.* 1982, 59; Rb. Brussel 18 maart 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 120, noot M. FALLON; Rb. Brussel 3 oktober 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 385. Weigering wanneer beiden gewoonlijk in België verbleven: Rb. Brussel 3 oktober 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 385; weigering in geval van een Belgische vrouw die in België verbleef: Rb. Brussel 28 mei 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 603. Zie ook een zekere soepelheid inzake erkenning: Rb. Luik 28 juni 1991, *Rev. dr. étr.* 1991, 220, noot M.C. FOLETS: de consul-generaal van Tunesië in België is bevoegd om het huwelijk te sluiten tussen echtgenoten van Tunesische nationaliteit en waarvan één tevens over de Belgische nationaliteit beschikt. Overeenkomstig art. 3 van het Haags Verdrag nopens zekere vragen betreffende de wetsconflicten inzake nationaliteit, beschikken de autoriteiten van het *forum* immers over de mogelijkheid, maar niet de plicht, om ten aanzien van bipatriden geen rekening te houden met hun vreemde nationaliteit.

<sup>177</sup> Rb. Brussel 9 april 1997, *Rev. dr. étr.* 1997, 254, noot M.-CL. FOLETS.

<sup>178</sup> De zgn. better-law approach: o.m. P. POULLET, *Manuel de droit international privé belge*, Brussel, Pée, 1947, nr. 249: "Dans tous les cas non expressément prévus par le législateur, lorsque nous aurons à trancher des conflits de loi, nous rechercherons...la nature des intérêts en cause, le but social poursuivi par le législateur, et nous donnerons la préférence à celui des législateurs en présence dont l'intervention peut assurer aux intérêts en cause la législation la mieux appropriée à leur nature, la législation qui permettra de réaliser le plus efficacement, dans l'espèce envisagée, le but social général qui a servi de base aux dispositions légales"; J. CANIVET, "Du critère de l'intérêt social", *J.T.* 1956, 101; L.F. GANSHOF, "La règle alternative de conflit en matière de filiation", in X., *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst*, Brussel, Nemesis, 1986, 329, pleit ervoor om naar het wenselijke resultaat te kijken en niet louter te verwijzen naar de personele wet van de partij of betrokkene met 'intérêt prépondérant'. Over de Amerikaans

worden. Het volstaat bv. niet om een verstoting te erkennen omdat ze *in casu* niet strijdig zou zijn met onze openbare orde, als dat oordeel louter steunt op de vaststelling dat de rechten van de verdediging zijn geëerbiedigd. Daarnaast moet immers worden nagegaan in hoeverre de aanknoping bij de buitenlandse wet daadwerkelijk de meest effectieve was. Is de verstoten vrouw bv. sinds tien jaar genaturaliseerd en verblijft ze in België sinds het aangaan van het huwelijk, dan rijst de vraag of ze nog steeds op even overtuigende wijze een beroep kan doen op de oorspronkelijke culturele en religieuze identiteit<sup>179</sup>. In dit voorbeeld is een aanknoping bij de Belgische wet wél het meest aangewezen.

**63.** Een mildering door de betrokkenen de mogelijkheid te bieden om hun eerste nationaliteit te blijven hanteren in de organisatie van hun gezinsleven kan o.i. worden overwogen zolang ze niet op stabiele wijze verblijven in België (*cf. infra*)<sup>180</sup>. Dergelijke nuance, in toepassing van het effectiviteitscriterium, koppelt het criterium van de nationaliteit sterk aan de verblijfspositie van de betrokkenen, en schuurt de scherpe kantjes van een strikte toepassing van het nationaliteitsbeginsel zacht<sup>181</sup>.

---

better-lawtheorie: J. MEEUSEN (1997), 146 e.v.

<sup>179</sup> M.-CL. FOLETS, "L'approche fonctionnelle du conflit de nationalités ou la survivance d'un statut étranger en la personne de naturalisés binationaux (noot onder Rb. Brussel 9 april 1997), *Rev. dr. étr.* 1997, 256-262.

<sup>180</sup> Zie ook o.m. TH. M. DE BOER, noot onder H.R. 13 december 1996, *N.J.* 1997, nr. 469.

<sup>181</sup> Voorzichtiger, maar eveneens met aandacht voor de domicilie is het voorstel van V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 307: zij stelt voor om in eerste orde aan te knopen bij de wet van het *forum* wanneer de betrokkene daarvan de nationaliteit heeft. Is dat niet het geval, dan primeert de nationaliteit van de Staat waar de betrokkene is gedomicilieerd. Heeft de betrokkene ook niet de nationaliteit van die Staat, dan wordt aangeknoopt bij de gemeenschappelijke nationaliteit van de partners. Er is niet gedacht aan de hypothese van nationaliteitsgemengde paren.

### C.3. CORRECTIES OP HET NATIONALITEITSBEGINSEL BIJ APATRIDIE

64. Apatridie<sup>182</sup> confronteert het I.P.R. met een *negatief* nationaliteitsconflict. Aangezien de betrokken vreemdeling niet over een nationale wet beschikt<sup>183</sup>, kan deze niet worden toegepast. Bij welk recht wordt vervolgens best aangeknoopt?

<sup>182</sup> Een aanhoudend probleem, ondanks meerdere internationale pogingen om de gevallen van apatridie te beperken: o.m. art. 9 Verdrag van New York van 30 augustus 1961; Overeenkomst tot vermindering van het aantal gevallen van vaderlandsloosheid, Bern, 13 september 1973, in INTERNATIONALE COMMISSIE VOOR DE BURGERLIJKE STAND, *Conventions et recommandations 1956-1987*, 132 (België ondertekende slechts; Duitsland, Griekenland, Luxemburg, Nederland, Turkije en Zwitserland zijn gebonden); het genoemde Straatsburgse Verdrag van 6 mei 1963, zijn tweede protocol en Aanvullend protocol van 24 november 1977, B.S. 6 juli 1991; Conventie nr. 13 van 13 september 1973 van de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand "tendant à réduire le nombre des cas d'apatridie" (door België slechts ondertekend), besproken in o.m. J.-M. BISCHOFF, "La Commission Internationale de l'Etat Civil", in X., *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'antiquité à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, 8; het Verdrag van 18 juni 1991 van de Raad van Europa "sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités" en zijn Wijzigend protocol en Aanvullend protocol van 18 juni 1991; art. 15 U.V.R.M. (eenieder heeft recht op een nationaliteit en het recht om zijn nationaliteit niet op arbitraire wijze ontnomen te worden); art. 5 van het VN-verdrag van 21 december 1965 ter eliminatie van alle vormen van rassendiscriminatie (recht op nationaliteit zonder discriminatie); art. 20 Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens van 22 november 1969; Interamerikaans Hof voor de Mensenrechten, Re-amendments to the naturalisation Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion of 19 Jan. 1984, *H.R.L.J.* 1984, 161; art. 4 Verdrag van Straatsburg van 4 december 1997 betreffende de nationaliteit (recht op een nationaliteit en om deze niet arbitrair te worden ontnomen). Het E.V.R.M. bevat geen directe bepalingen terzake. Enkel art. 3, desgevallend gekoppeld aan art. 14 en art. 3 van het vierde protocol (verbod van collectieve of individuele uitzetting en van verbod van binnenkomst t.a.v. eigen onderdanen) kunnen een onrechtstreekse rechtsgrond vormen: S. SAROLEA, "L'apatridie: du point de vue interétatique au droit de la personne", *Rev. dr. étr.* 1998, 188. Zie ook de gelijkaardige bepaling in art. 12, 4 B.U.P.O. en art. 22, 5 Amerikaans verdrag voor de Rechten van de Mens. De Commissie voor de Mensenrechten stelde reeds dat een combinatie van nationaliteitsweigering en een uitzettingsbevel aanleiding kunnen geven tot een vermoeden van nationaliteitsweigering, net om de uitzetting mogelijk te maken: Comm. nr. 3745/68 (zaak X. t./ Duitsland), 1970, nr. 31, coll. 107, 110. Een beroep op het E.V.R.M. is evenwel vergezocht. Art. 9 Verdrag van New-York van 30 augustus 1961 betreffende de apatridie, beperkt de mogelijkheid van de Verdragsstaten tot het ontnemen van nationaliteit tot het geval van zware aanslag tegen de staat en het verwerven van een vreemde nationaliteit. Ras, etnie, religie en politiek kunnen niet aan de grondslag liggen van een ontneming. M.b.t. minderjarigen kan worden gewezen op art. 15 Verdrag van Den Haag van 12 april 1930 dat stelt dat een staatloos geboren kind de nationaliteit van het land waar hij geboren is, toegekend moet krijgen; art. 24, 3 I.V.B.P.R. verwoordt eveneens het recht van een kind op een nationaliteit; art. 7 I.V.R.K. tenslotte expliciteert de positieve verplichting van de Verdragsstaten om het recht op een nationaliteit effectief te maken, in het bijzonder in het geval van staatloosheid van het kind. Dit is de enige bepaling die duidelijk stelt welke staat de positieve verplichting draagt. M.M. CHAN, "The right to a nationality as a human right. The current trend towards recognition", *H.R.L.J.* 1991, vol. 12, 1 e.v., meent slechts te kunnen besluiten tot een negatieve verplichting van de Staten inzake nationaliteit.

<sup>183</sup> Voor een erkenning als staatloze volstaat het bewijs dat de kandidaat niet beschikt over de nationaliteit van een Staat waarmee hij klaarblijkelijk banden heeft: Rb. Nijvel 30 juli 1998, *Rev. dr. étr.* 1999, 732; Rb. Nijvel 20 mei 1999, *Rev. dr. étr.* 1999, 735; Rb. Hoei 18 januari 1999, *Rev. dr. étr.* 1999, 737; Rb. Brussel 10 november 1999, *Rev. dr. étr.* 1999, 738.

Het Belgische recht heeft, in navolging van internationaalrechtelijke afspraken<sup>184</sup>, geopteerd voor een toepassing van Belgisch recht als het recht van de gewone verblijfplaats<sup>185</sup>. Een formele erkenning als staatloze door een Belgische rechtbank van eerste aanleg<sup>186</sup> volstaat op zich evenwel niet om een aanspraak te maken op verblijf<sup>187</sup>.

**65.** Het New Yorkse Staatlozenverdrag<sup>188</sup> koppelt geen automatisch recht op verblijf aan de erkenning als staatloze. De Belgische wetgever heeft hier evenmin in voorzien, i.t.t. de regeling voor erkende vluchtelingen<sup>189</sup>. De staatloze moet zich beroepen op de buitengewone omstandigheden zoals aangehaald in artikel 9, derde lid Vreemdelingenwet en kan zijn verblijf vooralsnog slechts op die manier geregulariseerd zien<sup>190</sup>.

Dit gebrek aan een regeling staat er niet aan in de weg dat hij in afwachting van een regularisatie op het grondgebied wordt gedoogd en dat de Belgische wet bij geschillen zal worden toegepast als wet van het land van gewoonlijke verblijfplaats.

**66.** De vraag rijst of de huidige optie voor een toepassing van Belgisch recht geen al te grote assimilatie van de staatloze veronderstelt. Vanaf zijn erkenning, ongeacht de duur van zijn feitelijk verblijf, wordt Belgisch recht op hem toegepast. Weliswaar geeft de staatloze met zijn erkenningsaanvraag in België impliciet te kennen dat er geen andere rechtsorde is waarmee hij zich nauwer verwant voelt. Niettemin zou hem de kans kunnen worden geboden om aan te tonen volgens welk recht zijn familieleven vóór de erkenning werd geregeld en om verder toepassing te maken van dat recht als aannemelijk is dat hij er

<sup>184</sup> V.N.-verdragen en principes van gemeen recht: J. ERAUW, "Tendenzen in het recht van grensoverschrijdende personen en families", in X., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving*, l.c., 116.

<sup>185</sup> Jeugdrb. Brussel 2 oktober 1968, *J.T.* 1969, 13; Rb. Brussel 30 april 1970, *Pas.* 1970, III, 89; Rb. Luik 27 januari 1978, *J.L.* 1977-78, 293; Jeugdrb. Brussel 7 januari 1983, in J. MOENS, P. VERLYNDE en L. VERSCHINGEL, l.c., 394; Rb. Brussel 8 april 1998, *Rev. dr. étr.* 1998, 231, noot. *Contra*: Rb. Brussel 3 januari 1973, *Cah. Dr. fam.* 1974-75, 19, noot; Cass. 14 november 1997, *R.W.* 1999-2000, 768: ook het Verdrag van Den Haag van 12 april 1930 nopens zekere vragen betreffende de wetsconflicten inzake nationaliteit, koppelt geen enkele voorwaarde aan een toepassing van de Belgische wet op een bipatride.

<sup>186</sup> Over de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg en de bewijslast in hoofde van de aanvrager: M. DE THEIJE, "Erkenning en statuut van apatriden", in *Comm. Pers.*, te verschijnen.

<sup>187</sup> Zie evenwel volgende rechtspraak, reeds voor het verblijf tijdens de procedure: Brussel 4 mei 1999, *Rev. dr. étr.* 1999, 243 en Rb. Nijvel 24 juni 1997, *Rev. dr. étr.* 1999, 729: tijdens de behandeling van zijn verzoek om te worden erkend als staatloze moet de kandidaat-staatloze een titel ontvangen die aangeeft dat hij tijdelijk onverwijderbaar is. Hem in de illegaliteit houden, schendt art.3 E.V.R.M. Zie ook: Kort Ged. Gent 29 augustus 1997, *R.W.* 1997-98, 613: een staatloze kan tegen elke uitzetting art. 31 Verdrag van Genève 28 juli 1951 betreffende de status van vluchtelingen inroepen. De voorzitter in kort geding is bevoegd om kennis te nemen van de betwisting over het subjectief recht op verblijf als staatloze.

<sup>188</sup> Beschermd door het New Yorkse Staatlozenverdrag van 28 september 1954, goedgekeurd bij wet van 12 mei 1960, *B.S.* 10 augustus 1960.

<sup>189</sup> Art. 10, 1° en art. 56 Vreemdelingenwet.

<sup>190</sup> Een effectieve bescherming geniet zijn verblijf slechts in toepassing van art. 3 E.V.R.M., mits hij onmogelijk verwijderd kan worden en een weigering van het verblijf een onmenselijke behandeling zou vormen.

nauwere banden mee heeft.

Dezelfde bedenking rijst nog sterker m.b.t. vluchtelingen<sup>191</sup>. Aangezien het familierecht een sterke weerslag is van de cultuur waartoe een persoon behoort, en de vluchteling weliswaar de politieke structuren van zijn land van herkomst, maar daarom niet noodzakelijk zijn eigen culturele achtergrond ontvlucht, is het niet evident dat zijn rechtspositie voortaan zonder meer naar Belgisch recht wordt geregeld<sup>192</sup>. Kan in functie van het criterium van de nauwste band met het *familierecht* van zijn land van oorsprong geen nuancering worden aangebracht aan de huidige verwijzingsregel, als de betrokkenen dat wensen, zolang de duur van hun verblijf in België geen volledige integratie op juridisch vlak veronderstelt<sup>193</sup>? Ook deze vraag werken we hierna nader uit<sup>194</sup>.

<sup>191</sup> Beschermd door het Verdrag van Genève van 28 juli 1951, goedgekeurd bij Wet van 26 juni 1953, B.S. 4 oktober 1953 en het New Yorkse protocol van 30 januari 1967 betreffende de status van vluchtelingen, goedgekeurd bij Wet van 27 februari 1969, B.S. 3 mei 1969.

<sup>192</sup> J. MEEUSEN (1997), 123; W. WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *R.C.D.I.P.* 1963, 511, noot 1. Meerdere auteurs wijzen er weliswaar op dat het I.P.R. nooit de doelstelling heeft gehad om via een aanknoping bij de nationale wet de culturele identiteit te beschermen (zie o.m. J. DEPREZ, "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé", in M.C. FOBLETS (ed.), *Familles, islam, Europe: le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 98; C. LABRUSSE, "La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère", in X., *Droit international privé, Travaux des comités français de droit international privé (Années 1975-77)*, 1979, 123. Volgens A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten", in P. CLITEUR e.a. (ed.), *Sociale cohesie en Recht*, Instituut Leiden, 1998, 97-157 en V. VAN DEN EECKHOUT, "Thuisbrengen van een op drift geraakte rechtsverhouding. Buitenlandse rechtswaarden in het personen- en familierecht", in M.C. FOBLETS, B. HUBEAU en S. PARMENTIER, *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht*, Leuven, Acco, 1997, 175, bestond de doelstelling er louter in om een zo ruim mogelijke beslissingsharmonie te creëren en heeft slechts het hedendaagse debat over culturele diversiteit aan de huidige aanknoping deze cultuurgebonden verklaring gegeven).

Wij menen evenwel dat deze overweging vandaag wél centraal moet staan, op grond van het besef dat het familierecht de meest cultuurgebonden structuren van het maatschappelijk leven regelt (zie ook E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. des Cours* 1995, 179). Bij de aanknoping rekening houden met het recht op culturele diversiteit, is niet meer dan een hedendaagse vertaling van de Savignaanse methode. De methode leidt immers tot de toepassing van het meest betrokken recht.

<sup>193</sup> Zie evenwel Voorstel van wet met betrekking tot de niet-vergezeldde asielzoekers beneden de achttien jaar, *Parl. St.* Kamer 1999, B.Z. 20 september 1999, nr. 102/1, 10: voorstel om de nationale wet niet langer toe te passen. Door te zeggen dat hij vreest vervolgd te worden (of dat nu waar is of niet), geeft de vreemdeling te kennen dat hij wil breken met (de wetten van) de herkomststaat.

<sup>194</sup> We zullen niettemin opteren voor een behoud van de huidige regel: aanknoping bij Belgisch recht zodra de vluchteling wordt erkend.

## C.4. HET GEBREK AAN EEN EENDUIDIGE REGELING BINNEN BEPAALDE AANGEWEEZEN RECHTSSTELSELS

### C.4.A. DE VERWIJZING NAAR EEN RECHTSSYSTEEM MET EEN PLURALITEIT VAN RECHTSORDES

67. Daarnaast blijkt dat een aanknoping bij de nationale wet niet steeds volstaat om te bepalen welke rechtsregel uiteindelijk moeten worden toegepast. Het aangewezen rechtstelsel biedt met name zelfs soms geen eenduidigheid. Bepaalde rechtssystemen hanteren een pluraliteit van rechtsordes. Deze pluraliteit kan formeel zijn, m.n. als burgerlijk recht en religieus recht tegenover elkaar staan<sup>195</sup>, of materieel, in geval van concurrentie van geschreven recht met gewoonterecht<sup>196</sup>.

68. Ook binnen eenzelfde rechtssysteem is m.a.w. een botsing van gewoonterechtsregels denkbaar<sup>197</sup>. De opstellers van het wetsvoorstel voor een I.P.R.-codex hebben rekening gehouden met dergelijke conflicten<sup>198</sup> en bepalen in art. 18 dat bij verwijzing naar het recht van een Staat die twee of meer rechtssystemen bezit, wordt aangeknoopt bij het rechtstelsel dat door de in die Staat van kracht zijnde regels wordt aangewezen. Bij gebreke van dergelijke regels, wordt aangeknoopt bij het rechtstelsel waarmee de betrokken persoon of, als het geval verschillende categorieën van personen betreft, de rechtsverhouding de nauwste banden heeft<sup>199</sup>.

<sup>195</sup> Denken we bv. aan mogelijke tegenspraak van het Tunesische en Turkse familierecht door de regels van het Islamitisch familierecht.

<sup>196</sup> Denken we bv. aan de Zairese *mariage coutumier* (cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 6 (huwelijkse vormvoorwaarden), randnr's 217-221).

<sup>197</sup> M.C. FOGLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtssystemen in België. Rechtsontwikkeling zonder richtsnoer", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 198.

<sup>198</sup> De Belgische seculiere rechtscultuur maakt het voor de rechter moeilijk om uit te maken in hoeverre hij rekening kan houden met religieus recht bij de beoordeling van burgerrechtelijke materies. J. ERAUW, in M.-C. FOGLETS e.a. (2002), *l.c.*, 431-433: "in een seculiere maatschappij kan het voor de internationaal privaatrechtelijke aanknoping geen verschil uitmaken of het recht dat toepasselijk is religieus is geïnspireerd of niet; of het sterk traditiegebonden is of niet. De argumentatie over de juistheid of gepastheid voor het aanknopen met de nationale wet blijft dezelfde. De voor ons relevante maatschappelijke regels die het rechtstelsel formuleert als burgerlijk recht, voor die zekerheidsinstituten waarover Heyvaert schreef, staan los van religie". Over de invloed van religie op recht o.m. J.M. WILCE, *Communicating multiple identities in Muslim communities*, reeks Ethos, Washington, Society for psychological anthropology, 1998, 267 p.; L. ROSEN, *Bargaining for reality: the construction of social relations in a Muslim community*, Chicago, University of Chicago press, 1984, 210; G. NONNEMAN, *Muslim communities in the new Europe*, Reading, Ithaca press, 1996, 346 p.

<sup>199</sup> Een gelijkaardige regeling zit reeds vervat in art. 11 van het door België geratificeerde Verdrag van de Haagse I.P.R.-Conferentie van 15 november 1965 betreffende de bevoegde autoriteit, de toepasselijke wet en de erkenning van beslissingen inzake adoptie en in art. 16 en 19 van het Haagse Verdrag van 1978 over de wet toepasselijk op de huwelijksvermogens.



**C.4.B. DE VERWIJZING IN HET KADER VAN EEN MATERIE DIE VOLOP IN ONTWIKKELING IS**

69. Het is bovendien niet steeds duidelijk welke invulling precies moet worden gegeven aan een bepaalde buitenlandse rechtsregel, als die zelf het voorwerp vormt van rechterlijke interpretatie.

In bepaalde materies, bv. inzake polygamie en de bruidsgift, laat de buitenlandse wet de rechter vaak een zekere beoordelingsruimte in functie van de concrete omstandigheden, zoals dat ook naar Belgisch recht het geval is. Daarbij houdt de buitenlandse rechter logischerwijze o.m. rekening met de culturele inkadering van het familieleven.

Ook al vormt de nationaliteit voor heel wat migranten mede een uiting van een culturele en religieuze identiteitsbeleving<sup>200</sup>, dit hoeft niet te beletten dat er bij de betrokken vreemdeling rechtsacculturatie en zelfs vervreemding van de oorspronkelijke rechtscultuur optreedt, als onmiskenbaar bijverschijnsel van integratie<sup>201</sup>. In die zin zal ook de Belgische rechter zich o.i. geroepen voelen om bij een concrete beoordeling minder rekening te houden met culturele eigenheden naargelang de betrokken vreemdeling langer in België verblijft<sup>202</sup>. Hij

<sup>200</sup> M. DE DECKER en M. SUYCKERBUYK, "Nationaliteit en integratiewil", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 285-302, leggen de oorzaak hiervan niet alleen bij persoonlijke emotionele bezwaren, zoals het waarborgen van het contact met het moederland, maar tevens bij sociale druk binnen de migrantengemeenschap tegen tekenen van afvalligheid van het geloof.

<sup>201</sup> M.-C. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België. Rechtsontwikkeling zonder richtsnoer", in UFSIA, o.c., 199; M.-C. FOLETS, "Migratie en recht. De antropologie in dienst van een meer cultuurgevoelige rechtsbedeling door hoven en rechtbanken?", in M.-C. FOLETS (ed.), *Migranten en (ge)recht: vragen naar cultuurwaarden in het recht (themanummer 'Cultuur en Migratie')*, Brussel, Cultuur en Migratie, 1991, 109 en 111: "migranten kennen in zijn (de rechtsantropoloog) ogen geen statische, éénvormige en onveranderlijke (rechts)cultuur; zij zullen op een andere manier in België zichzelf zijn dan het geval was in het land van herkomst, wat dan weer nieuwe ontwikkelingen met zich meebrengt"; "voorstellen voor een meer cultuurgevoelige motivatie van vonnissen en arresten, met ruimere aandacht voor gedragskeuzes, zullen naar de toekomst toe ook in België van antropologische zijde moeten worden geformuleerd".

<sup>202</sup> Anderzijds wijzen bepaalde (buitenlandse) auteurs erop dat een verder hanteren van het nationaliteitsbeginsel neerkomt op een 'verkapt intern rechtpluralisme', en stellen ze de ongelijke behandeling op grond van cultuur aan de kaak door het in rekening nemen van een andere cultuur in het I.P.R., waar dat niet gebeurt in het interne recht, bv. t.a.v. joodse onderdanen (J. DEPREZ (1988), 281 e.v.; L. JORDENS-COTRAN, "De Hoge Raad en consulaire huwelijken", *N.J.B.* 1997, 682-684; V. VAN DEN ECKHOUT (2000), 1256; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-IPR*, Deventer, Kluwer, 1985, 22 (interpersoneel, interreligieus, intergentiel recht); A. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, (1991). De gesuggereerde oplossing is om ofwel culturaspecten na verloop van tijd te schrappen in het I.P.R., ofwel ook in het interne recht een intergentiel recht uit te bouwen (V. VAN DEN ECKHOUT (2000), 1257). Het voorstel voor een Europese Code voor moslims wil in dat opzicht alvast de weg openen voor een intergentiel recht voor moslims in Europa om hun personeel statuut geregeld te zien naar een passend, aanvaardbaar islamitisch recht. A. RIAD, "Pour un code européen de droit musulman", in J.-Y. CARLIER (1992), 379-382, illustreert hoe dergelijk recht eruit zou kunnen zien. Een toelating van polygamie zou bv. kunnen worden beperkt tot de gevallen die de koran zelf voor ogen had. De verruimde doctrinale interpretatie die mettertijd is ontstaan, zou m.a.w. worden verlaten. Eenzijdige verstoting zou slechts toelaatbaar zijn als ze ontstaan is in dezelfde condities als een echtscheiding, m.a.w. met eerbied voor de rechten van de verdediging. Het religieuze huwelijksbeletsel zou niet worden gehandhaafd. We gaan niet nader in op deze voorstellen, aangezien zulks ons te ver zou leiden.

moet m.a.w. een evenwicht zoeken in de soms flexibele interpreteerbaarheid van het buitenlandse recht. Daarvoor wordt vandaag in zekere zin al de B.I.P.O.O.-exceptie gehanteerd, met zijn nuancering in het principe van de verzachte werking. Hoe vager de buitenlandse rechtsregel evenwel is geformuleerd, hoe moeilijker het voor de Belgische rechter is om er een gepaste toepassing aan te geven. Ook dergelijke confrontatie kan aan de grondslag liggen van een toevlucht tot de *lex fori*, om te vermijden dat de buitenlandse wet verkeerd zou worden geïnterpreteerd<sup>203</sup>.

70. We gaven slechts een summiere illustratie van de technieken waarmee rechters steeds meer afwijken van de algemeen geldende aanknopingsregel, ingeval een nauwere - of ruimer: een meer wenselijke - aanknopingsmogelijkheid is bij een andere wet, om die reden dat enerzijds reeds ruim onderzoek is verricht naar de theoretische grondslagen van hun aanwending<sup>204</sup>, en anderzijds concrete illustraties van de grenzen waarbinnen hun aanwending gerechtvaardigd kan worden, het voorwerp vormen van het verdere onderzoek, bij de bespreking van de omgang met buitenlands recht t.a.v. vreemdelingen die vooralsnog geen gestabiliseerde verblijfpositie hebben.

## C.5. VOORSTELLEN BINNEN DE RECHTSLEER VOOR EEN NIEUWE AANKNOPING

71. Reeds sinds de vroege jaren 1980 gaan binnen de rechtsleer, zowel de Belgische als die van de ons omringende landen, steeds meer stemmen op om een nieuw aanknopingsmechanisme te ontwikkelen<sup>205</sup>.

Naar anglo-saksisch model pleiten meerdere auteurs ervoor om aan te knopen

<sup>203</sup> S. VRELLIS, "Überlegungen betreffend die Auslegung fremder Rechtsnormen", in J. BASEDOW e.a. (ed.), *Privatrecht in der internationalen Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag/Zürich, 2000, 830, benadrukt daarentegen dat de rechter de soevereine macht heeft om de buitenlandse wet te interpreteren, en dat het zijn taak is om die wet in zijn toepassing de best mogelijke plaats te geven binnen de rechtsorde van het *forum*. Cf. *infra* de aanwending van de adaptatietechniek daartoe.

<sup>204</sup> O.m. J. MEEUSEN (1997) en alle hogergenoemde werken.

<sup>205</sup> Zie de bespreking hierna (o.m. CARLIER, ERAUW, FALLON, HEYVAERT en VAN DEN EECKHOUT). Niettemin blijven bepaalde auteurs de aanknopingswijze bij de nationale wet voor bepaalde onderdelen van het familierecht ondersteunen: D.H. BEUKENHORST, "Een ideaal domiciliebegrip", *W.P.N.R.* 1977, 99-100; uit respect voor cultuurverschillen: D. LOOSCHELDERS, "Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2001, 468-469; E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. des Cours* 1995, 9-268; E. JAYME, "Zum Jahrtausendwechsel. Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus", *IPRax* 2000, 165-169; P. MAYER (1994), nr. 508; M. M'SALHA (1999), 168 en 187, stelt zich bovendien de vraag of "en écartant certaines institutions du droit étranger, ne risque-t-on pas de remettre en cause les fondements même du droit international privé?". Hiertegen moeten we inbrengen dat de openbare orde noodzakelijkerwijze daar tussenkomt waar vreemd recht dreigt de fundamenteën zelf van de samenleving onderuit te halen. Zie ook Rb. Brussel 25 juni 1997, *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 38: afwijzing van het territorialiteitsbeginsel vanuit de vaststelling dat de betrokkenen door het bewaren van hun nationaliteit niettegenstaande langdurig verblijf in België hun wil te kennen hebben gegeven om 'hun gehechtheid aan hun land van herkomst te bewaren'.

bij de wet van de 'domicilie' in de zin van de gewoonlijke verblijfplaats<sup>206</sup>. Uit zijn meest recente I.P.R.-wetgeving inzake homohuwelijken<sup>207</sup> blijkt dat alvast het Nederlandse I.P.R. de weg is ingeslagen van een ruimere optie voor het domiciliebeginsel. Het homohuwelijk en de adoptie zijn opengesteld voor eenieder die in Nederland verblijft. De vreemdeling bepaalt zelf of hij al dan niet het risico op een hinkende rechtspositie aangaat, met name door al dan niet te opteren voor de juridische vestiging van dergelijk gezinsleven.

**72.** Het Belgische wetsvoorstel voor een I.P.R.-codex wil slechts voor de bevoegdheidsbepaling deze weg opgaan<sup>208</sup>. De materiële grondvoorwaarden zouden, zoals ook voor het huwelijk, onderworpen blijven aan de nationale wet<sup>209</sup>.

**73.** De vele wijzigingen die de Nationaliteitswet sinds 1984 heeft doorgemaakt hebben onmiskenbaar indirect een grote invloed op de aandacht voor het domiciliebeginsel<sup>210</sup>. Enerzijds verwijzen we naar de bespreking hierboven inzake de soepele nationaliteitsverwerving. Nationaliteit en verblijf worden daarbij steeds nauwer met elkaar in verband gebracht. Anderzijds hebben de wijzigingen in het licht van de juridische gelijkheid van man en vrouw, waarbij o.m. de automatische

<sup>206</sup> J. DEPREZ (1988); M. FALLON, "Les heures sombres du facteur de la nationalité en droit international privé belge", *J.T.* 1978, 641; J. FOYER, noot onder Paris 28 juni 1973, *R.C.D.I.P.* 1974, 509; A. HEYVAERT, "De grenzen van de gezinsautonomie in de internationale openbare orde in België", *R.W.* 1981-82, 2221; F. DE MEO, "Das französische IPR-System im Vergleich mit der neuregelung des deutschen internationalen Privatrechts", *ZfRV* 1987, 107.

pro gewone verblijfplaats: A. HEYVAERT (1995), 98; P. D'HONDT-VAN OPDENBOSCH, "Le statut personnel des musulmans en Belgique", in F. RIGAUX (ed.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 10-11: Marokkaanse vrouwen willen het Marokkaanse recht vaak niet langer op hun personeel statuut toegepast zien. Zie ook reeds de Wet Rolin: toepassing van Belgisch recht eenmaal vaststaat dat het instituut van de echtscheiding is gekend naar het nationale recht van de betrokkene. Aangezien het Onderhoudsverdrag van 1973 naar de echtscheidingswet verwijst, zou een toepassing ervan in België vaak resulteren in een verwijzing naar de *lex fori*. België is evenwel niet door het Verdrag gebonden en past de wet toe die de huwelijksgevolgen regelt. Deze verwijzingsregel resulteert bij nationaliteitsgemengd huwelijk met huwelijksluiting in België overwegend in een toepassing van de Belgische wet, als wet van de eerste echtelijke verblijfplaats. Ook inzake adoptiegevolgen, die sinds 1987 aan de *lex fori* zijn onderworpen, blijkt geen nationalisme in die zin dat het aantal materies dat als adoptiegevolg wordt gekwalificeerd ernstig is afgenomen (J. MEEUSEN (1997), 195). J. MEEUSEN concludeert dan ook dat de neutraliteit bij de kwalificatie in beginsel behouden blijft. Eveneens met een uitgesproken voorkeur voor de wet van de gewoonlijke verblijfplaats: o.m. art. 1 j° 5 verdrag tot regeling van de conflicten tussen de nationale wet en de wet van de woonplaats, Den Haag, 15 juni 1955, wet 11 april 1962, *B.S.* 26 oktober 1966 (evenwel nog niet in werking getreden).

<sup>207</sup> Wet van 21 december 2000. Hierover o.m. H. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Het Pacte Civil de Solidarité, het geregistreerde partnerschap, het opengestelde huwelijk en het Nederlandse internationaal privaatrecht", *N.J.B.* 2000, 884.

<sup>208</sup> Art. 57 § 2 Voorontwerp van I.P.R.-codex m.b.t. samenwoning en partnerschap: "dergelijke relaties kunnen in België worden aangegaan of ontbonden ingeval een van de partners Belg is of in België zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft bij het aangaan van de relatie of bij het verzoek tot ontbinding ervan. De relatie kan eveneens worden ontbonden wanneer zij in België is aangegaan."

<sup>209</sup> Art. 58 § 1 j° art. 43 Ontwerp.

<sup>210</sup> J. MEEUSEN (1997), 107.

verwerving door de vrouw van de nationaliteit van haar Belgische echtgenoot werd opgeheven, het voordeel weggenomen dat er bij een nationaliteitsaanknoping in bestond dat het hele gezin vaak eenzelfde nationaliteit deelde en alle familierechtssituaties vervolgens in toepassing van dezelfde wet werden geregeld<sup>211</sup>. Vandaag blijkt de domiciliewet ter zake meer garanties te bieden.

Ook verviel de regel dat bij plurinationale relaties werd aangeknoopt bij de nationale wet van de man, bv. inzake huwelijksvermogensrecht<sup>212</sup>. Die verwijzing werd vervangen door – opnieuw – een verwijzing naar de echtelijke verblijfplaats. Het aantal gemengde huwelijken neemt nog steeds toe o.i.v. de grote internationale mobiliteit<sup>213</sup>. Beide zorgen ervoor dat kinderen steeds vaker over een tweede nationaliteit beschikken. Ook om praktische redenen wordt het bijgevolg moeilijk om het nationaliteitsbeginsel aan te houden. Het is niet steeds eenvoudig om meerdere wetten distributief en cumulatief toe te passen.

**74.** Meerdere rechterlijke uitspraken blijven tot op vandaag evenwel, al dan niet impliciet, een aansluiting bij het domiciliebeginsel afwijzen<sup>214</sup>. Het grootste argument daarvoor is o.i. terecht het gevaar op hinkende rechtsposities. Rekening houdend met het feit dat de meeste rechtsordes inzake personeel statuut aanknopen bij de nationale wet, en dat velen daarvan, zoals ongetwijfeld

<sup>211</sup> *Parl. St.* Kamer 1983-84, nr. 756/1, 13; R. CASSIN, *I.c.*, *Rec. Cours* 1930, nr. 34, 752-760; C.-L. CLOSSET, *Traité de la nationalité en droit belge*, Brussel, Larcier 1993, 97 e.v.; V. VAN DEN EECKHOUT, "Het schurend scharnietje", *R.W.* 1995-96, 37; M. VERWILGHEN, *Le code de la nationalité belge*, Brussel, Bruylant, 1985, 144 e.v.; M. FALLON, *I.c.*, *J.T.* 1978, 641 e.v.; V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 21 e.v.

<sup>212</sup> N. WATTE, "Les relations familiales en droit international privé et l'incidence du principe de l'égalité entre l'homme et la femme", in X., *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1986, 916 e.v.

<sup>213</sup> M. FALLON, *I.c.*, *J.T.* 1978, 641 e.v.

<sup>214</sup> Rb. Brussel 25 juni 1997, *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 38: afwijzing van het territorialiteitsbeginsel vanuit de vaststelling dat de betrokkenen door het bewaren van hun nationaliteit niettegenstaande langdurig verblijf in België hun wil te kennen hebben gegeven om 'hun gehechtheid aan hun land van herkomst te bewaren'; Cass. 10 april 1980, *Rev. not. b.* 1980, 495, noot R. VANDERELST, *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 39, noot RENCHON, *R.C.J.B.* 1981, 309, noot F. RIGAUX, *R.W.* 1980-81, 918, noot J. ERAUW; Cass. 12 december 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 550: de "vervangende rol van de *lex fori*" kan onder meer gelden voor voor het nemen van dringende en voorlopige maatregelen. Hieruit blijkt dat Cassatie afwijkingen op de normale gelding van het conflictenrecht controleert. De toepassing van de *lex fori* dient dus een uitzonderlijk en voorlopig karakter te hebben: zie o.m. K. LENAERTS, "Le statut du droit étranger en droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre?", in X., *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, *I.c.*, 554-555; J. MEEUSEN (1997), 229. We gaan niet nader in op de tegenstand tegen een territoriale aanknoping in het primaire huwelijksrecht (o.m. Rb. Luik 30 maart 1988, *T.B.B.R.* 1989, 417; Vred. Antwerpen 10 december 1985, *T. Not.* 1986, 358; Vred. Antwerpen 11 april 1985, *R.W.* 1985-86, 2240, noot J. ERAUW; Vred. Antwerpen 25 juni 1981, *R.W.* 1981-82, 2041), omdat de huwelijksgevolgen in deze studie niet het voorwerp vormen van onderzoek. Meer hierover: o.m. J. ERAUW, "De collisierechtelijke aanknoping van het patrimoniale basisstatuut ('primaire statuut') van het huwelijk", *R.W.* 1978-79, 887; M. RYON, "De toepassing van artikelen 223 B.W. in het internationaal privaatrecht", in N. SPRUYT en G. BAETEMAN, *Van vrederechter tot gezinsrechter? Over dringende en voorlopige maatregelen bij huwelijksmoeilijkheden*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, 99; M. VERWILGHEN, "Du neuf sur la loi régissant le régime matrimonial primaire", in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 600.

de islamitische rechtsstelsels<sup>215</sup>, dat nog lange tijd zullen blijven doen<sup>216</sup>, is het van belang om bij het zoeken naar een nieuwe aanknopingstechniek het risico te vermijden dat de personen die beoordeeld worden naar Belgisch recht nog een nauwe band hebben met het recht van hun land van herkomst. Om die reden menen we dat de verblijfsduur ongetwijfeld mee in rekening moet worden genomen. Bovendien is een 'geforceerde integratie' door domicilie-aanknoping inhoudelijk gemakkelijker te rechtvaardigen t.a.v. vreemdelingen met standvastig verblijf dan t.a.v. nieuwe migranten<sup>217</sup>.

<sup>215</sup> O.m. A.K. BOYE, "Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara. Conceptions et solutions des conflits de lois. Le poids de la tradition négro-africaine personnaliste", *Rec. des Cours* 1993, 247-420; A. SAKMAR, "Le nouvel droit international privé turc", *Rec. des Cours* 1990, IV, 335; M. CHARFI, "Les Etats musulmans et les droits de l'homme", in X., *Boutros Boutros-Ghali. Amicorum Discipulorumque Liber. Peace, development, democracy*, Brussel, Bruylant, 1999, 991-1119; G. ROMMEL, "Le statut personnel marocain", *T. Vred.* 1980, 227; A. MOULAY R'CHID, "Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 154; S. RUTTEN, *Erven naar Marokkaans recht. Aspecten van Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepasselijkheid van Marokkaans erfrecht*, Groningen, Intersentia, 1997, 178. Zie ook andere islamstaten: L. BUSKENS (1999), 525; M. CHARFI, "L'égalité entre l'homme et la femme dans le droit de la nationalité tunisienne", *Rev. tunis. dr.* 1975, 73-86; M. ISSAD, *Droit international privé*, Paris, Editions Publisud, 1986, 263-266 (Algerije); O. ELWAN, "L'Islam et les systèmes de conflits de lois", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 319; S. JAHIEL, "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français", *R.I.D.C.* 1994, 31-58; A. MEBROUKINE, "Le droit international privé algérien de la famille", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 88-89; K. MEZIOU, "Pérennité de l'islam dans le droit tunésien de la famille", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 88-89; K. MEZIOU, "Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 277; A. MOULAY R'CHID, "Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 143-177; M. M'SALHA (1999), 194; J.J. NASIR, *The islamic law of personal status*, London, Graham and Trotman, 1990, 37-40; F. RIAD en H. SADEK, "Les conflits de lois en droit interne et en droit international privé égyptien dans les matières de statut personnel", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 79.

<sup>216</sup> Dit blijkt o.i. uit de systematische opwerping van de I.P.O.O.-exceptie tegen buitenlandse uitspraken die zijn gedaan of rechtshandelingen die hebben plaatsgevonden in toepassing van een andere wet dan de *lex patriae* (en, zij het in mindere mate, aangezien er tegen deze techniek meerdere bezwaren bestaan die niet noodzakelijk zijn ingegeven door "nationalisme" (cf. *supra*, randnrs 53-55) uit de weigering om *renvoi* toe te passen). Hierover: o.m. A.K. BOYE, "Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara. Conceptions et solutions des conflits de lois. Le poids de la tradition négro-africaine personnaliste", *Rec. des Cours* 1993, 367-370; E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. des Cours* 1995, 108; 153-157; A. MEBROUKINE, "Le droit international privé algérien de la famille", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 88-89; J.J. NASIR (1990), 37-40; Egypte, Irak, Jordanië, Libië, Syrië e.a.; A.M. RCHID, "Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 154;

<sup>217</sup> A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme", in P. CLITEUR e.a. (ed.), *Sociale cohesie en Recht*, Leiden, 1998, 114; M.C. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België. Rechtsonwikkeling zonder richtsnoer", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 211, hebben het over 'geforceerde integratie' en 'dwangassimilatie'.

**75.** Een nog grotere aandacht voor de individuele vrijheid en verantwoordelijkheid wat betreft het risico op hinkende rechtsposities vinden we terug bij de auteurs die een optierecht bepleiten<sup>218</sup>. Zij menen dat het persoons- en situatiegebonden karakter van de beoordeling met welke rechtsorde de nauwste band bestaat, een normatieve, en *a fortiori* een veralgemeende aanknoping in de weg staat, en laten de vreemdeling een beperkte rechtskeuze tussen de rechtsordes waarmee hij een zekere band kan aantonen.

Tegen dergelijk voorstel rijst de kritiek dat het geen enkele grens stelt aan het risico op *forum-shopping*<sup>219</sup> en dat het rechtsonzekerheid in de hand werkt<sup>220</sup>, ook in materies die van dwingend recht zijn.

**76.** Deze kritieken worden enigszins, maar niet volledig, afgezwakt door te opteren voor een alternatieve aanknoping<sup>221</sup>. Enerzijds vergroot een regeling tot alternatieve aanknoping de kans om een wenselijk resultaat te bereiken. Anderzijds geven bepaalde omstandigheden soms aan dat een welbepaalde

<sup>218</sup> J.-Y. CARLIER en F. RIGAUX (1992); J.-Y. CARLIER, "Le respect du statut personnel marocain. De quel droit, par quel droit?", in J.-Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1993), 385-395; J.-Y. CARLIER, "Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe: quelles perspectives?", in M.-CL. FOLETS (1996), 19-32; J. ERAUW, *De bron van het vreemde recht vloeit overvloedig (inaugurale rede)*, Brussel, Story-Scientia, 1985, 35; M.-CL. FOLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Paris, Karthala, 1994, 348-387; P. GANNAGE, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *R.C.D.I.P. (Fr.)* 1992, 425-454; mits enkele beperkingen: A.E. VAN OVERBECK, "La professio juris comme moyen de rapprocher les principe du domicile et de la nationalité en droit international privé", in X., *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gent, RUG, 1965; A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme", in P. CLITEUR e.a. (ed.), *Sociale cohesie en Recht*, Instituut Leiden, 1998, 112-113, benadrukt dat vestiging niet steeds getuigt van de wil tot integratie. De ghettovorming door bepaalde vreemdelingen wijst er integendeel op dat wordt vastgehouden aan de oorspronkelijke cultuur. De islamitische plichtenleer bestrijkt het hele leven en laat geen splitsing van recht en andere aangelegenheden toe.

H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "De sluipweg van de partijwil", in H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, R. KOTTING en TH. M. BERVOETS, *Partij-invloed in het internationaal privaatrecht: vier opstellen ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van het Centrum voor buitenlands recht en internationaal privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam*, Deventer, Kluwer, 1974, 19, illustreert dat reeds in verregaande mate sprake is van een toenemende familierechtelijke wilsautonomie. *Contra*: V. VAN DEN EECKHOUT, *doct., o.c.*, nr. 1367 e.v. (sceptis wegens risico van shopping, rechtsonzekerheid en gebrek aan coherentie).

<sup>219</sup> A.P.M.J. VONKEN, "Rechtsvinding in het hedendaagse internationale familierecht", *F.J.R.* 1988, 51-59; V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1258.

<sup>220</sup> M.C. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België. Rechtsontwikkeling zonder richtsnoer", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 205.

<sup>221</sup> J.G. SAUVEPLANNE, *Renvoi (Chapter 6), International Encyclopedia of comparative law, III: Private international law*, Tübingen, Mohr, 1990, 8 en 34-35; zie reeds o.m. art. 2 onderhoudsverdrag 1950; art. 6 Onderhoudsverdrag van 2 oktober 1973; art. 5 Verdrag 10 september 1970 betreffende de wettiging door huwelijk; Resolutie van Caïro van het Institut de Droit International, *Ann. Inst. Dr. int.* 1987, 290, inzake erfrecht, huwelijksgevolgen en echtscheiding. Zie ook o.m. de Nederlandse Wet Conflictenrecht Echtscheiding (keuze tussen de *lex fori* en de wet van de gemeenschappelijke nationaliteit) en het Franse art. 311-14 tot 311-18 C.C. Kritiek V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1258: ongelijke behandeling ten voordele van vreemdelingen, m.n. 'conflictenrechtelijke herkansingen'.

aanknopingsfactor beduidend pertinenter is dan de aangereikte alternatieven. Is het bv. niet in het publieke belang van de Verblifsstaat dat bij diens recht wordt aangeknoopt zodra daarmee een overtuigende band bestaat, bv. n.a.v. langdurig verblijf<sup>222</sup>?

**77.** Met die laatste bedenking zijn we aangekomen bij het aanknopingsvoorstel waar we zelf bij aansluiten.

We stellen voor om t.a.v. elke vreemdeling met gestabiliseerd verblijf in België zonder uitzondering aan te knopen bij de Belgische wet. Een vreemdeling die nog niet over een stabiele verblijfspositie beschikt, zou rechtskeuze worden gelaten tussen een aanknopning bij de Belgische wet als domiciliewet of een (behouden) aanknopning bij zijn nationale wet of bij de wet van zijn vroegere stabiele verblijfsstaat<sup>223</sup>. Eenmaal de vreemdeling de keuze heeft gemaakt om te blijven aanknopen bij zijn nationale wet of bij de wet van zijn vroegere stabiele verblijfplaats, blijft zijn rechtspositie – vanuit de doelstelling om *shopping* te vermijden – door dat recht geregeld, tot zijn verblijfspositie stabiel wordt. Vanaf dat ogenblik wordt aangeknoopt bij de Belgische wet. Zoals we verderop uitwerken, wordt daarbij gebruik gemaakt van een overgangsregeling.

**78.** De keuze om de vreemdeling die nog geen stabiele verblijfspositie heeft een optierecht te laten, sluit niet uit dat een vreemdeling via het verblijf gaat *shoppen* in functie van een voordelig familiaal statuut.

Dat risico is evenwel gering. Het risico dat het beginsel van vrij verkeer van personen door een EER-onderdaan wordt afgewend van zijn doel, bv. om een familieband te creëren in toepassing van het voordeligere recht van een andere EER-Lidstaat, is verwaarloosbaar. De rechtscultuur van de EER-lidstaten verschilt onderling immers niet sterk. Niettemin doet een zeker risico zich voor in materies die volop in evolutie zijn, bv. inzake homohuwelijk en geregistreerd partnerschap voor homoseksuelen<sup>224</sup>.

T.a.v. derdelanders bestaat bij een domicilie-aanknopning een groter risico op *shopping*. Dat risico vloeit niet zozeer voort uit hun toelating tot gezinshereniging met een EER-familielid, maar wel uit het recht op verblijf dat voortvloeit uit de bepalingen van het nationaliteitsrecht. Het recht op verblijf op grond van gezinshereniging is gedurende geruime tijd<sup>225</sup> immers territoriaal beperkt tot de lidstaat of lidstaten waar de rechtgevende op de gezinshereniging verblijft. Het

<sup>222</sup> J. MEEUSEN (1997), 155. In zekere zin ook V. VAN DEN EECKHOUT (2000), die noch voor een algemene nationaliteitsaanknopning, noch voor een veralgemeende domicilieaanknopning opteert, en de hantering van ontsnappingsclausules centraal wenst te plaatsen.

<sup>223</sup> Dit voorstel zou stroken met de wens van o.m. vele islamitische vrouwen in Nederland om hun eigen recht niet langer toegepast te zien, mits religieuze elementen nog in aanmerking kunnen worden genomen: L. JORDENS-COTRAN, "De islam in het Nederlandse rechtstelsel. Enkele aspecten", in S.W.E. RUTTEN (ed.), *Recht van de islam 10*, RIMO, 1992, 20-45.

<sup>224</sup> De Nederlandse I.P.R.-regeling die genoegen neemt met verblijf van één van de partners in Nederland creëert een risico op hinkende rechtsposities.

<sup>225</sup> I.e. tot ze een zelfstandig recht op verblijf hebben verworven: cf. *infra*, deel 2C.

fundamentele karakter van de grond waarop het verblijf steunt, met name de bescherming van familieleden, maakt het bovendien ongepast om *shopping* inzake familierecht te vermoeden n.a.v. de hereniging, te meer aangezien dat familieleden reeds vóór de hereniging is ontstaan in toepassing van buitenlands recht en dus op dat niveau alvast vrij is van *shopping*.

Wél laat het nationaliteitsrecht sinds 2000 *shopping* door derdelanders toe via het verblijfsrecht. Derdelanders kunnen voortaan immers het Rijk binnenkomen onder de loutere omstandigheid dat ze een ouder hebben met de Belgische nationaliteit, ook al verblijft die niet in België, en ook al hebben de betrokkenen zelf geen enkele persoonlijke band met België<sup>226</sup>. Een algemene toepassing van het domiciliebeginsel zou vooral voor deze groep ernstige vragen kunnen doen rijzen bij de efficiëntie van de aanknoping. Er zou bezwaarlijk kunnen worden gesteld dat van bij de aanvang van het verblijf wordt aangeknoopt bij de rechtsorde waarmee ze de nauwste band hebben.

**79.** Het genoemde risico op *shopping*, en eruit voortvloeiend het risico op een even snelle wijziging van aanknoping t.a.v. één enkele persoon als het verblijfsrecht toelaat, doet zich in mindere mate voor t.a.v. vreemdelingen met stabiel verblijfsstatuut<sup>227</sup>.

Bepaalde auteurs menen dat ook standvastig verblijf op zich niet steeds een waarborg biedt voor een efficiënte aanknoping, en maken voorbehoud voor aanwijzingen dat de betrokkene niettemin nog een sterke band met het land van oorsprong behoudt. Dat kan bv. blijken uit regelmatige reizen naar het land van herkomst<sup>228</sup>. In dezelfde lijn wordt door anderen gepleit voor een verwijzing naar de *lex domicilii*, met mogelijkheid om op verzoek van de betrokkene terug te grijpen naar het nationaliteitscriterium<sup>229</sup>.

<sup>226</sup> Art. 12bis § 1, 2° W.B.N. j° art. 10, 2° Vreemdelingenwet.

<sup>227</sup> Zie ook: J. ERAUW, "De nationaliteit en de toepassing van de nationale wet van de persoon", in M.C. FOBLETS, R. FOQUE en M. VERWILGHEN (ed.), m.m.v. S. BOUCKAERT en S. D'HONDT, *Naar de Belgische nationaliteit- Vers la nationalité belge*, Brussel, Bruylant, 2002, 413 en 421, verwijst naar "een zinnige sociale en economische inschakeling" die "op normatieve en dus op veralgemeende wijze moet gelden" voor "mensen die hier standvastig verblijven en die toch geen Belg worden". J. ERAUW vervolgt: "er zullen daarbij wellicht in individuele gevallen wat minder gelukke klemtonen vallen. Maar het gaat om instituten van maatschappelijke organisatie en om het schema waarin particulieren hun zekerheid organiseren of ingepast vinden"; M.-CL. FOBLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België. Rechtsontwikkeling zonder richtsnoer", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 205; M.-CL. FOBLETS, "Recht en migranten, fricties tussen gelijkheid en verscheidenheid", in K. DEFEYTER, M.-CL. FOBLETS en B. HUBEAU (1995), 3-35: de discussies m.b.t. de wenselijkheid en haalbaarheid van de versteviging van de rechtssituatie van migranten in ons land zijn nog onvoldoende aangepast aan de juridische gevolgen van gestabiliseerde migratie; M. FALLON, "Une chronique anticipée du droit international privé de la famille (1980-2000)", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 482; A. HEYVAERT (2001), 128-129, beklemtoont het belang van de socio-economische entiteit waartoe iemand behoort; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989); W. WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *R.C.D.I.P.* 1963, 217. Zie ook reeds de adoptiewet van 1987.

<sup>228</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 314, noot 1342; V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1253; J.G. SAUVEPLANNE, o.c., 35.

<sup>229</sup> J. ERAUW, "Tendenzen in het recht van grensoverschrijdende personen en families.", in X.,



We menen evenwel dat een veralgemeende, opgelegde aanknoping in de materie van het ontstaan van gezinsleven om meerdere redenen verkieslijk is voor geïntegreerde vreemdelingen. Op deze redenen gaan we zo dadelijk in.

**80.** Een beperkt optierecht tussen de nationale wet, de domiciliewet en de wet van de Staat van voormalig stabiel verblijf schijnt ons wél toe als een goed compromis t.a.v. vreemdelingen met een nog onstabiel verblijfsstatuut, ondanks het genoemde risico op *shopping*. Enerzijds is dat risico gering, zoals we zopas hebben uiteengezet. Anderzijds verantwoorden hogere belangen een optierecht. Eén van deze hogere belangen bestaat erin elke rechtszoekende de kans te bieden op een volwaardige rechtsbescherming. Weliswaar wordt bij een voortgezette verwijzing naar het nationale recht een minimale bescherming geboden door de notie 'openbare orde' en kan de rechter de BIPOO-exceptie opwerpen tegen de toepassing van buitenlands recht dat ingaat tegen onze meest fundamentele rechtsbeginselen. Daarbij is de betrokkene evenwel onderworpen aan het oordeel van de rechter. In het licht van het belang van elke rechtsonderhorige bij rechtszekerheid is een optierecht meer aangewezen.

---

*Gezin en recht in een postmoderne samenleving, twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 116; M. M'SALHA (1999), 166, meent dat het recht van de domiciliestaats slechts moet worden toegepast bij 'assimilatie'.

### HOOFDSTUK 3. VOORSTEL VOOR EEN NIEUW AANKNOPINGSCRITERIUM: DE STABIELE VERBLIJFSPOSITIE

*“La meilleure loi est celle qui convient le mieux à l’état politique et social, aux besoins économiques, à la religion, aux mœurs du peuple dont elle doit régir les rapports juridiques”*<sup>230</sup>

#### A. NATIONALITEIT VERSUS GESTABILISEERDE MIGRATIE EN INTEGRATIE

81. Het nationaliteitsrecht heeft gedurende de afgelopen jaren vele wijzigingen doorgemaakt vanuit de vaststelling dat het tijdelijke karakter van de oorspronkelijke arbeidsimmigratie plaats heeft geruimd voor gestabiliseerde migratie. In dat licht dient de relevantie van de internationaal-privaatrechtelijke aanknopingsfactor van de nationaliteit in familierechtelijke materies te worden herdacht. Het nationaliteitsbeginsel vond haar oorsprong in de negentiende-eeuwse versmelting van burgerrechtelijk en staatsrechtelijk denken, te situeren in een statische samenleving die niet vertrouwd was met migratiestromen en de eruit voortvloeiende botsingen van culturen. De inmiddels gewijzigde maatschappelijke situatie impliceert dat het blijven vasthouden aan het traditionele nationaliteitsbeginsel als aanknopingsfactor vaak lijnrecht ingaat tegen de bezorgdheid die eraan ten grondslag ligt: een aanknopingsfactor aan het voor de partijen meest vertrouwde rechtssysteem<sup>231</sup>. Deze bezorgdheid laat niet langer een algemene aanknopingsfactor bij de nationale wet toe en ligt vandaag reeds aan de grondslag van meerdere afwijkingen in de praktijk én in de wetgeving (bv. Wet-Rolin)<sup>232</sup>, ondanks de vaststelling dat de Belgische wetgever de nationaliteitsverwerving blijft versoepelen als belangrijkste instrument om één van de hoofddoelstellingen van de opeenvolgende regeerakkoorden sinds meer dan twintig jaar<sup>233</sup> te dienen, m.n. de integratie van vreemdelingen in België<sup>234</sup>.

<sup>230</sup> H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Colin, 1927, 232.

<sup>231</sup> M.C. FOLETS, “De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België. Rechtsontwikkeling zonder richtsnoer”, in UFSIA, o.c., 199.

<sup>232</sup> Cf. *supra*, randnrs 39-56. Voor een koppeling van de toepassing van correctiemechanismen aan de stabilisering van migratie: O. ELWAN, “L’Islam et les systèmes de conflits de lois”, in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (eds), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 327; A. MOULAY R’CHID, “Les droits de l’enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans”, *Rec. des Cours* 1997.

<sup>233</sup> De eerste melding dat de regering “de integratie van vreemdelingen (zal) bevorderen, onder meer door naturalisatie en andere vormen van nationaliteitsverwerving”, figureerde in het regeerakkoord van december 1981. Het regeerprogramma van de regering-Martens van 5 april 1979 bevatte reeds de verhelderende woorden: “L’intégration des immigrés signifie qu’ils doivent être invités à participer à notre vie sociale et culturelle, sans pour autant leur enlever la possibilité de conserver leur culture propre et leurs traditions.”

<sup>234</sup> M. DE DECKER en M. SUYKERBUYK, “Nationaliteit en integratiewil”, in UFSIA, o.c., 285-302.

De doelstelling die gepaard ging met het ontstaan van de nationale Staten bestond erin de wetgeving eenvormig toe te passen op eenieder die hetzelfde grondgebied bewoont. Niettegenstaande eventuele etnisch-culturele verschillen tussen de bevolkingsgroepen die onder hetzelfde nationale staatsgezag ressorteerden, werden deze, in de loop van de ontwikkeling van die Staten, alle aan dezelfde nationale wetgeving onderworpen. Deze optie was ingegeven door een streven naar eenvoud en bood daardoor ook zekerheid. Ze belichaamde een pleidooi voor het domiciliebeginsel. Dat beginsel werd evenwel nog vorm gegeven door de nationaliteit. Vandaag kunnen domicilie en nationaliteit daarentegen niet langer met elkaar vereenzelvigd worden.

**82.** Rechtsacculturatie en zelfs vervreemding van de oorspronkelijke rechtscultuur vloeien weliswaar niet automatisch voort uit een stabilisatie van de migratie, maar zijn onmiskenbaar een bijverschijnsel van integratie. Dat blijkt o.m. uit de vaststelling dat vreemdelingen zich in toenemende mate beroepen op bepaalde rechtsfiguren uit het rechtssysteem van het land van verblijf, getuige o.m. rechtspraak inzake erkenning van buitenhuwelijkse kinderen<sup>235</sup> en inzake adoptie. Deze vaststelling sterkt ons in de opvatting dat de factor 'rechtscultuur' slechts in aanmerking kan worden genomen om te bepalen met welke rechtsorde de meest nauwe band bestaat, en niet los daarvan, of zelfs in tegenstelling daartoe<sup>236</sup>, een reden op zich mag vormen om buitenlands recht toe te passen. Onmiskenbaar vindt de culturele beleving van eenieder één van zijn uitingsvormen in het recht dat op hem wordt toegepast<sup>237</sup>. Het recht onderhoudt in zekere zin de betrokkenheid bij de opvattingen die eraan ten grondslag liggen. Daartoe moet het evenwel ingebed blijven in de maatschappelijke belevingssfeer van de

<sup>235</sup> De Marokkaanse en Algerijnse wet bv. staan dit niet toe. Correcties terzake worden reeds doorgevoerd op grond van het grondrecht op erkenning van de afstammingsband mits bewijsbare bloedband, zoals verwoord in het Verdrag van München van 5 september 1980, dat de rechter voor het bepalen van de geldigheid van een afstammingsband de vrije keuze laat tussen de wet van de woonplaats van het kind en die van de aspirant-erkenner, en in het E.V.R.M. (M. LIENARD-LIGNY, "Quelques problèmes posés par la reconnaissance de paternité en droit international privé" (noot onder Cass., 21 mei 1987), *Ann. Fac. Dr. Liège* 1988, 20-24; N. WATTE, "La filiation des enfants nés hors mariage en droit international privé. A propos de l'arrêt du 27 février 1986 de la Cour de Cassation" (noot onder Cass. 27 februari 1986), *J.T.* 1987, 53).

<sup>236</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1254, verwijst naar OLG Keulen 10 mei 1993, *IPRax* 1994, 371, waarbij de rechter afstapte van de regel die alternatieve huwelijksluitingen op Duits grondgebied verbiedt wanneer een van de partners de Duitse nationaliteit heeft. Zie ook pleidooi E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des cours* 1995, 9-268. *Contra*: W. PINTENS, "Accentverschuivingen in de rechtsvergelijking", X., *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, Die Keure, 1998, 796-799.

<sup>237</sup> De mate waarin deze interactie zich voordoet, was reeds het voorwerp van meerdere overschouwingen: M. ADAMS, "Enkele aspecten van het recht op beleving van een eigen minderheidscultuur. Artikel 27 van het IVBPR en de CVSE", in UFSIA, o.c., 147-168; M.C. FOLETS, "Mensenrechten voor of tegen moslims in Europa?", in RIMO, *Recht van de islam* 15, Maastricht, RIMO, 1998, 92; L. MULDER, "Lang leve de culturele diversiteit", *N.J.C.M.* 1994, 894-905; S. RUTTEN, "Mensenrechten en het I.P.R.: scheiden of trouwen?", *I.c.*, 801; V. VAN DEN EECKHOUT, (1998), noot 1222; A. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten", *I.c.*; M. BOVENS, "Babel binnen het recht", in N. HULS en H. STOUT (ed.), *Recht en rechtsppluralisme in een multiculturele samenleving*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 169; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-I.P.R.*, Den Haag, Kluwer, 1985.

rechtsonderhorige. Om die reden menen we dat deze ene uitingvorm van de culturele beleving, hoe belangrijk hij ook is, vanaf stabiel verblijf in een andere rechtsorde, zonder uitzondering moet wijken voor een gelijke behandeling als burger in het maatschappelijke leven.

**83.** We hebben a.h.v. de opmerkingen betreffende de laatste wijziging van de nationaliteitswet reeds aangegeven dat het nationaliteitsrecht van de onderscheiden Westeuropese Staten op dermate verschillende wijze en volgens een zodanig uiteenlopende mate van gestrengheid is geregeld<sup>238</sup>, dat we het nog moeilijk als maatstaf kunnen hanteren van de mate waarin een persoon zich verbonden voelt met de betrokken rechtsorde. Zolang bepaalde nationaliteitswetgevingen afstand van vroegere nationaliteit vereisen terwijl andere dergelijke afstand niet toelaten, en ruimer zolang het aannemen van een vreemde nationaliteit binnen bepaalde kringen als een verraad van de oorspronkelijke cultuur wordt beschouwd, is het niet duidelijk in hoeverre de verwerving en het behoud van een bepaalde nationaliteit gevolgtrekkingen toelaten inzake integratie. De criteria op grond waarvan Staten de nationaliteit toekennen verschillen overigens zozeer, dat een aanwijzing van werkelijke verbondenheid er niet steeds even duidelijk uit kan worden afgeleid<sup>239</sup>.

**84.** Nemen we daarentegen het verblijf aan als criterium, dan definiëren we volledig zelfstandig, en dus steeds voor eenieder even duidelijk, op welke gronden een voldoende band met de Belgische rechtsorde kan worden verondersteld en aangenomen. Weliswaar hebben we daarbij niet de zekerheid van een effectieve integratie, of m.a.w. van een effectief meest efficiënte aanknoping. Dergelijk bewijs wordt evenwel door de aard van het begrip 'integratie' nooit geleverd. Steunen we ons louter op de beweringen van de betrokkene ter zake, dan laat die zich mogelijk louter leiden door het besef dat de toepassing van buitenlands recht *in casu* grotere voordelen voor hem inhoudt. Dergelijke optie volstaat niet om te besluiten dat de vreemdeling niet is geïntegreerd in onze samenleving en rechtsorde.

**85.** We zullen het criterium van de stabiele verblijfspositie voornamelijk uitwerken a.h.v. de aanwijzingen van vermoede integratie die het nationaliteitsrecht ons biedt. De achillespees van ons voorstel bestaat er daarbij in dat we uitgaan van een 'give and take'-model, terwijl de polen van dit model, *give and take*, mogelijk niet in een evenwichtige verhouding tot elkaar staan. Tegenover de kansen die het nationaliteitsrecht biedt, wensen we dat onze rechtsstaat verwachtingen stelt, meer nog afdwingt van alle personen tot wie die kansen zich richten, ongeacht of zij er al dan niet gebruik van maken. Toegang tot de Belgische nationaliteit laat veronderstellen dat onze samenleving de betrokkenen als voldoende geïntegreerd, of minstens als 'op korte termijn integreerbaar' beschouwt. Met ons

<sup>238</sup> Zie o.m. ook S. D'HONDT, "Het integratiecriterium: hoe is de toets aan de integratie geregeld in de wetgeving van de Europese lidstaten?", in M.-C. FOBLETS, R. FOQUÉ en M. VERWILGHEN (eds), *l.c.*, 245-293.

<sup>239</sup> J. ERAUW, "De nationaliteit en de toepassing van de nationale wet van de persoon", in M.C. FOBLETS, R. FOQUE en M. VERWILGHEN (eds), *l.c.*, randnr. 19.

voorstel zou binnen het recht op alle domeinen, of het nu nationaliteitsrecht, verblijfsrecht of familierecht betreft, een gelijklopend integratievermoeden worden ingesteld. Zoals we reeds stelden, geeft de schrapping van de integratiewiltoets bij de laatste wijziging van de nationaliteitswet, evenwel aan dat er geen enkele waarborg meer bestaat van de effectiviteit van die vermoede integratie. Is het in dat licht gerechtvaardigd om een werkelijke juridische integratie af te dwingen van een vreemdeling, louter op grond van de redenering dat ons recht te kennen geeft dat het de betrokkene daar rijp voor acht, als dat recht geen ernstige inspanningen levert om die opvatting hard te maken? De achillespees bestaat m.a.w. in de ontkoppeling van enerzijds de wijze waarop ons recht met de integratiegedachte omgaat en anderzijds het integratiebeleid dat daar een fundering aan zou moeten geven. Een nieuwe hechtere koppeling<sup>240</sup> zou meer consistentie kunnen brengen in het vreemdelingenbeleid, en de hierna uitgewerkte aanknopingstechniek o.i. in zijn overtuigingskracht kunnen sterken. Het is evenwel aan de wetgever om te werken aan deze consistentie. In dit onderzoek staat de juridische eenheid centraal. Om die reden maken we voor de verdere bespreking abstractie van onze bedenking dat het W.B.N. criteria hanteert die de beleving van de betrokkene (of de redelijke verwachtingen van onze samenleving m.b.t. die beleving) *niet* beantwoorden. We trekken het huidige integratieconcept van het nationaliteitsrecht zonder meer door naar het I.P.R., zoals gezegd met het oog op rechtstakoverschrijdende interne harmonie. Deze harmonie kan evenwel pas écht worden bereikt indien de criteria de notie dekken. Het is aangewezen dat de wetgever de noodzaak inziet van een betere afstemming van de grondslagen van nationaliteit en de toegang ertoe.

Een andere optie om binnen het huidige juridische bestel interne harmonie te bereiken, rijst o.i. niet. Slechts het verblijfsrecht en het nationaliteitsrecht reiken juridische integratiecriteria aan. Het verblijfsrecht is doorweven met verwijzingen naar het nationaliteitsrecht. Een verwijzing ernaar in het I.P.R. impliceert automatisch een verwijzing naar het nationaliteitsrecht.

Een koppeling van de aanknopingsregeling aan andere criteria, zoals bv. het welslagen in een integratietest, zou niet alleen de beoordeling communautariseren<sup>241</sup>, maar ook afbreuk doen aan de doelstelling om een *give and take*-model in te stellen. We wijzen dergelijke idee daarom af.

## B. AANKNOPINGSMETHODIEK

**86.** In het internationaal privaatrecht speelt het aspect 'verwachting' een onmiskenbare rol, aangezien elke verwijzingsregel zijn ontstaan vindt in de optie om aan te knopen bij het recht waarmee de situatie de nauwste banden heeft. De centrale vraag bij die keuze luidde: van welk recht kunnen we *verwachten* dat de

<sup>240</sup> Die zou kunnen worden gespiegeld aan het Nederlandse inburgeringsbeleid. Ook in Oostenrijk is recent de verplichting ingevoerd voor alle niet-EER-migranten, ook Zwitsers en Amerikanen, om Duits te leren. Van de honderd lessen zal de helft door de overheid worden terugbetaald: *De Morgen* 12 juli 2002.

<sup>241</sup> Het inburgeringsbeleid is gemeenschapsmaterie.

rechtsonderhorige zich er het nauwst verwant mee voelt? Aangezien de doelstellingen van het I.P.R. overeind blijven, blijft deze vraag centraal staan. De huidige grote mobiliteit maakt het evenwel niet langer mogelijk om er voor eenieder abstract en op elk moment een antwoord op te geven. De nationaliteit biedt niet langer een stevige houvast.

**87.** Opteren voor een verplichte algemene aanknoping bij de gewoonlijke verblijfplaats, doet dat o.i. evenmin. Pas vanaf het ogenblik waarop een rechtssubject voldoende sterke banden met een andere rechtsorde heeft opgebouwd<sup>242</sup>, kan van hem worden verwacht dat hij de oorspronkelijke aanknoping verlaat. Het *criterium van de stabiele verblijfssituatie* lijkt ons daarom aangewezen bij het zoeken naar een evenwicht tussen de redelijke verwachtingen van de rechtsonderhorige en de redelijke verwachtingen die de Belgische rechtsorde t.a.v. hem kan hebben<sup>243</sup>.

**88.** Zoals zal blijken, halen we de criteria om al dan niet tot stabiliteit van het verblijf te besluiten uit een gecombineerde lectuur van het Belgische verblijfsrecht en het Belgische nationaliteitsrecht. Dit kan de kritiek opwerpen dat we zélf de criteria bepalen waarmee we vervolgens de redelijkheid van de verwachtingen van beide partijen beoordelen. Een eigen invulling van het begrip 'redelijkheid' opent de weg voor een nationalistische benadering, i.e. het kennelijk streven naar een zo ruim mogelijke toepassing van de *lex fori* op een geschil dat voor een eigen *forum* wordt gebracht<sup>244</sup>. Om dit te vermijden, moeten de grenzen van het onderscheid worden afgebakend a.h.v. het gelijkheidsbeginsel. Het begrip 'redelijke verwachting' of 'billijkheid' sluit deze toets reeds impliciet in.

Buiten de gelijkheidstoets valt evenwel weinig te ondernemen tegen een nationalistische benadering. De criteria om de aard van het verblijf te benoemen, worden onvermijdelijk door het eigen *forum* bepaald. Een aanknoping bij de verblijfstoestand van de betrokkene heeft immers steeds betrekking op elementen die grotendeels soeverein worden beheerst door één van de betrokken Staten, of het nu een aanknoping bij de nationaliteit, domicilie of echtelijke verblijfplaats betreft<sup>245</sup>. Steeds bepaalt één enkele rechtsorde, nl. die van de Staat waar de aanknopingsfactor *in concreto* naar verwijst, volgens welke criteria de betrokkene recht heeft op de nationaliteit of op het verblijf. Deze

<sup>242</sup> Deze 'opbouw' hoeft niet noodzakelijk actief te gebeuren, en kan zoals in het nationaliteitsrecht *de iure* voortvloeien uit de geboorte uit een ouder die voor zichzelf de bedoelde band heeft opgebouwd.

<sup>243</sup> Het voorstel kan doorgang vinden als nieuwe verwijzingsregel of aanleiding geven tot een verruimde toepassing van de exceptie van openbare orde. Deze laatste methode steunt op de Inlandsbeziehung. Vandaag reeds wordt de BIPOO-exceptie strenger toegepast wanneer de banden met de interne rechtsorde sterker zijn. Waar deze 'sterkte' vandaag geval per geval wordt beoordeeld, zou het criterium van de stabiele verblijfspositie een algemene richtlijn instellen. De methode lijkt ons evenwel ongepast, aangezien de BIPOO is ingesteld om te werken wanneer – en slechts wanneer – een fundamentele rechtswaarde in gevaar is.

<sup>244</sup> Zie voor deze terminologie: J. MEEUSEN (1997).

<sup>245</sup> W. WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *R.C.D.I.P.* 1963, 207.

criteria hebben m.a.w. geen louter publiekrechtelijke betekenis: een soepele nationaliteitsverwerving in het land van het *forum* verhoogt de kans op toepassing van de *lex fori* als nationale wet van de betrokkene. In geval van aanknoping bij de gewoonlijke verblijfplaats zorgt een soepel verblijfsrecht ervoor dat de *lex fori* verhoudingsgewijs op meer personen kan worden toegepast, gezien de kans dat de vreemdeling die zijn vordering instelt in een bepaalde rechtsorde, voorafgaandelijk gebruik heeft gemaakt van diens verblijfsregeling.

**89.** Bij de keuze van de meest geschikte aanknoping voor het ontstaan van gezinsleven, menen we dat het niet is aangewezen om rekening te houden met de stappen die de vreemdeling al dan niet onderneemt om *effectief* de nationaliteit te verwerven of om *daadwerkelijk* om vestiging te verzoeken. In het licht van het gelijkheidsbeginsel opteren we ervoor om abstractie te maken van enige rechtstreekse<sup>246</sup> wilshandeling ter zake in hoofde van de betrokken vreemdeling. Hiermee distantiëren we ons voor wat betreft de kwalificatie van het verblijf gedeeltelijk van de voorstellen voor een nieuwe aanknoping in functie van de rechtskeuze die de partijen zelf maken<sup>247</sup>. We nemen slechts de abstracte bepalingen van het nationaliteits- en verblijfsrecht in rekening, slechts de *mogelijkheden* die die bepalingen de vreemdeling bieden, en niet hun *aanwending* in een concreet geval. Verblijft een vreemdeling gedurende geruime tijd op wettige wijze in België en/of kan hij de Belgische nationaliteit verwerven, dan kan de Belgische Staat *redelijkerwijze verwachten* dat hij nauwe aansluiting heeft met de Belgische wetten. In dit verband kan mede worden gesteld dat een behoud van het nationaliteitscriterium, net door de feitelijke ontkoppeling van nationaliteit en culturele identiteit (*cf. supra*), een ongelijke behandeling tussen vreemdelingen en Belgen (evenals bipatriden) instelt. Voor vreemdelingen met gestabiliseerde migratie in België wordt nog steeds rekening gehouden met culturele elementen, ook al zijn zij volledig geïntegreerd in onze samenleving, terwijl t.a.v. Belgen geen (of slechts beperkt, zie bv. de beoordeling van de notie echtscheiding op grond van 'grove belediging') rekening wordt gehouden met persoonsgebonden of culturele elementen die niet expliciet tot uiting komen in het Belgische recht<sup>248</sup>.

<sup>246</sup> Onrechtstreeks speelt het wilselement vanzelfsprekend steeds, met name bij de oorspronkelijke aanvraag van het verblijf en de voortzetting ervan.

<sup>247</sup> O.m. J.-Y. CARLIER, "Le respect du statut personnel marocain. De quel droit, par quel droit?", in J.-Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1993), 385-395; J.-Y. CARLIER, "Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe: quelles perspectives?", in M.-CL. FOBLETS (1996), 19-32; J. ERAUW, *De bron van het vreemde recht vloeit overvloedig (inaugurale rede)*, Brussel, Story-Scientia, 1985, 35; M.-CL. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Paris, Karthala, 1994, 348-387. Over de discussie omtrent wilsautonomie inzake huwelijksvermogensrecht: J. MEEUSEN (1997), 149-150.

<sup>248</sup> Voorstander van dergelijke verschillende behandeling van vreemdelingen en bipatriden tegenover Nederlanders van allochtone afkomst is o.m. DE BOER, noot onder H.R. 13 december 1996, *N.J.* 1997, nr. 469. Bepaalde auteurs, o.m. L. BUSKENS (1999), 551; M.C. FOBLETS, "Mensenrechten voor of tegen moslims in West-Europa", o.c., 93; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Intergentiel recht in Nederland? Een dissertatie over religieus recht en minderheden", *N.J.B.* 1993, 1, 14-16; L. JORDENS-COTRAN, "De Hoge Raad en consulaire huwelijken", *N.J.B.* 1997, 682-684; S. RUTTEN, "Consulaire huwelijken: wijziging Wet Conflictenrecht huwelijk", *F.J.R.*

We houden in ons voorstel niet langer rekening met de huidige nationaliteit van de betrokkene, wanneer (en zodra) hij toegang krijgt tot de Belgische nationaliteit of tot de vestiging. De Belgische Staat is hierbij onvermijdelijk rechter en partij, zoals we reeds stelden, omdat hij een quasi-soevereine bevoegdheid heeft in deze materies.

Slechts als nog niet kan worden besloten tot een overwegende band met de Belgische rechtsorde, laten we de vreemdeling de keuze of hij zich al dan niet reeds volledig aan het Belgische recht wenst te onderwerpen.

De optie voor dit criterium i.p.v. het klassieke domiciliebeginsel voorkomt niet enkel dat geïntegreerde<sup>249</sup> vreemdelingen over een quasi-rechtskeuze zouden beschikken, maar tevens dat het voorgestelde criterium naar resultaat zonder enige nuance nationalistisch zou zijn. I.p.v. op elke vreemdeling met legaal verblijf in België – en bijgevolg domiciliëring in een Belgische gemeente – het Belgische recht toe te passen, wordt rekening gehouden met de concrete verblijfssituatie en de kansen en *verwachtingen* die deze situatie voor beide partijen kan scheppen.

Misbruik wordt zoveel mogelijk vermeden, zowel van de kant van de rechtsonderhorige (er is slechts een beperkt risico op *shopping*, en dan nog enkel t.a.v. vreemdelingen zonder stabiele verblijfssituatie), als van de kant van de Belgische rechtsorde. Deze laatste kan niet de verwachting koesteren dat een vreemdeling afstand doet van zijn nationale familierecht, zolang hem door ons (publiek-)recht niet voldoende garanties worden geboden van een duurzame rechtsbescherming door onze rechtsorde. Zolang hij geen verblijfszekerheid geniet op lange termijn, houdt het voor de vreemdeling risico's in om zich in andere materies vrijwillig tot onze rechtsorde te 'bekereren', wetende dat de rechtssituaties die eruit voortvloeien mogelijk niet erkend worden in het land van herkomst. Tot zolang kan onze rechtsorde niet van hem verwachten dat hij het

---

1999, 114; A. STILLE, "Het personen- en familierecht in de eenentwintigste eeuw", *Burgerzaken en recht* 1999, 114-115; A. STRYCKEN, "Le droit religieux et son application par les juridictions civiles et religieuses. Coexistence, interpellations et influences réciproques", in E.H. HONDIUS (ed.), *Rapports néerlandais pour le quinzième congrès internationale de droit comparé*, Bristol 1998, Antwerpen, Intersentia, 1998, 71 e.v.; A. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN (1991) en S. WORTMANN, "Het familierecht in 2010", *Burgerzaken en recht* 1999, 123, bepleiten dat ook voor personen zonder extraneïteitselement, ook voor autochtonen, de cultuur in acht wordt genomen, door een systeem van intern rechtspluralisme, ook 'intergentioneel recht' genoemd. Wij pleiten evenwel met het oog op gelijke behandeling, niet voor een uitbreiding van de invloedssfeer van het element 'rechtscultuur', maar integendeel voor een verlating ervan voor elke stabiel gemigreerde vreemdeling. Eveneens kritisch m.b.t. het voorstel van intern rechtspluralisme: V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1255 en (1998), 168 e.v., 174 e.v. en 522 e.v.; V. VAN DEN EECKHOUT, "Thuisbrengen van een op drift geraakte rechtsverhouding", *I.c.*, 171-192; A. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten, *I.c.*"; F. RIAD en H. SADEK, "Les conflits de lois en droit interne et en droit international privé égyptien dans les matières de statut personnel", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans, I.c.*, 94-96.

<sup>249</sup> We hebben zopas uiteengezet welke invulling we aan deze notie geven. Het betreft een geobjectiveerd vermoeden van integratie, gesteund op de stabiele verblijfssituatie van de betrokkene.



risico neemt om in een hinkende rechtspositie terecht te komen, zonder de verzekering dat het vangnet onder hem opgespannen zal blijven. Daarom wordt hem een keuzerecht gelaten.

**90.** Vanaf het ogenblik waarop ons recht de vreemdeling toegang verleent tot een aantal integratiebevorderende rechtshandelingen (toegang tot het verblijf op grond van gezinshereniging, het verkrijgen van een vestigingstitel of van de Belgische nationaliteit), menen we dat dat recht kan stellen hem als een *bijzondere* vreemdeling te beschouwen. Minstens de mogelijkheid voor een vreemdeling om zich in België te vestigen, geeft blijk van het vertrouwen van de Belgische overheid dat de betrokkene op een gepaste manier zal participeren aan onze samenleving. Dat vertrouwen blijkt niet enkel uit de bereidheid om zijn verdere verblijf aan beduidend minder formaliteiten te onderwerpen<sup>250</sup>, maar tevens, in negatieve zin, uit de verstrenging van de voorwaarden om hem dat verblijf te ontzeggen, eens hij de vestiging daadwerkelijk heeft aangevraagd<sup>251</sup>. De betrokkene wordt een bijzondere bescherming inzake verblijf aangeboden, mogelijk ook via de toegang tot de Belgische nationaliteit het recht om volwaardig te participeren aan de politieke ordening van de Staat.

Zoals we reeds aangaven, lijkt het ons gerechtvaardigd dat de houding van het Belgische recht t.a.v. de vreemdeling vanaf dat ogenblik zou wijzigen, ongeacht of de vreemdeling al dan niet ingaat op het aanbod van een voordeligere rechtspositie<sup>252</sup>. De Belgische rechtsorde wil 'geven', maar wacht de beslissing van de vreemdeling niet af om zelf ook te 'nemen'. Zoals men geboren wordt met een bepaalde nationaliteit en daarmee *de iure*, eenzijdig aan bepaalde verwachtingen wordt onderworpen<sup>253</sup>, zo ook kan men door zijn langdurig verblijf verwachtingen wekken<sup>254</sup>.

**91.** M.b.t. personen die in het verleden ooit op stabiele wijze hebben verbleven in België, maar dat op het ogenblik van de vordering niet langer doen, kan het criterium niet rechtstreeks spelen. Wel kan het gegeven indirect invloed

<sup>250</sup> De vestiging biedt een recht op verder verblijf, dat onbeperkt is in de tijd (art. 18 Vreemdelingenwet) en niet moet worden vernieuwd of verlengd. De vreemdeling ontvangt een identiteitskaart voor vreemdeling (art. 30 K.B. van 8 oktober 1981). Deze verblijfstitel moet slechts om de vijf jaar worden vernieuwd (art. 31 § 2 en art. 32 § 2 K.B. van 8 oktober 1981 – vs. jaarlijkse verlenging en vernieuwing na drie verlengingen van het bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister bij verblijf voor onbeperkte tijd: art. 32 § 1 K.B. van 8 oktober 1981).

<sup>251</sup> Art. 20, tweede lid Vreemdelingenwet: de vreemdeling is nog slechts uitzetbaar als hij de openbare orde of de veiligheid van het land 'ernstig' heeft geschaad. Een voorafgaand advies van de Commissie voor Advies is vereist. Vervalt de oorspronkelijke rechtsgrond voor zijn verblijf, bv. bij echtscheiding wanneer het verblijf op gezinshereniging steunde, dan kan hij vanaf de vestiging (het niet naleven van de aan het verblijf gestelde voorwaarden) niet langer worden uitgezet op die grond.

<sup>252</sup> Om die reden houden we er geen rekening mee dat heden, gezien de soepele nationaliteitsregeling, het behoud van de oorspronkelijke nationaliteit zou kunnen worden beschouwd als een voldoende aanwijzing dat de partijen het buitenlandse recht verder toegepast willen zien op hun situatie. Dit zou neerkomen op een onrechtstreekse *autonomie de volonté*, die we om de genoemde redenen onwenselijk achten.

<sup>253</sup> Zoals bv. ook de derdegeneratiemigrant: art. 11 W.B.N.

<sup>254</sup> We verwijzen evenwel naar de bovenstaande bedenking wat de integratiekansen betreft.

uitoefenen via de exceptie van openbare orde, wegens de intensiteit van de aanknoping bij de Belgische rechtsorde (*Inlandsbeziehung*), bv. omdat de rechtspositie waarrond het geschil draait in België is ontstaan.

### **C. VOORSTEL TOT INVULLING VAN HET BEGRIP 'GESTABILISEERDE MIGRATIE'**

**92.** Om te bepalen hoe we best invulling geven aan de notie "gestabiliseerde migratie", gaan we vervolgens na welke gronden gerechtvaardigd zijn om in het licht van het gelijkheidsbeginsel een onderscheid te maken tussen vreemdelingen voor wie de bestaande internationaalprivaatrechtelijke regel optioneel kan blijven gelden, tenzij de openbare orde zich ertegen verzet, en vreemdelingen op wier situatie best de Belgische wet wordt toegepast. Zoals we hierboven reeds aanstipten, moet worden afgewogen met welke rechtsorde – de nationale, de Belgische of nog een andere – de band van de betrokken vreemdeling het sterkst is.

#### **C. 1. DE ROL VAN DE NOTIE 'INTEGRATIE' VOOR DE INVULLING VAN HET BEGRIP 'GESTABILISEERDE MIGRATIE'**

**93.** De sterkte van de band met de Belgische rechtsorde wordt logischerwijze bepaald a.h.v. twee criteria: de duur van het verblijf in België en de mate van integratie van de vreemdeling. De invulling van het begrip 'verblijf' plaatst ons niet onmiddellijk voor problemen, behalve als het erop aankomt te bepalen of ook illegaal verblijf in aanmerking komt en – in een verdere fase – vanaf welke verblijfsduur een sterke band met de Belgische rechtsorde kan worden aangenomen. Op deze twee vragen gaan we later in. 'Integratie' is evenwel een vagere notie, die een onmiddellijke duiding behoeft.

Uit een aantal omzendbrieven<sup>255</sup> kunnen alvast enkele criteria worden afgeleid die door het Belgische recht als tekenen van integratie<sup>256</sup> met het oog op de verblijfsstatus worden beschouwd: de vreemdeling kent één van de landstalen<sup>257</sup>, heeft gedurende geruime tijd in België gewerkt of werkt er nog steeds<sup>258</sup>, is

<sup>255</sup> Omz. 15 december 1998 over de toepassing van artikel 9, derde lid, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en de regularisatie van bijzondere situaties, *B.S.* 19 december 1998; Omzendbrief 27 oktober 1997 betreffende het verlenen van een machtiging tot verblijf voor onbepaalde duur aan Bosnische ontheemden die op het Belgisch grondgebied verblijven en betreffende het verlenen van een terugkeer- en herinstallatiepremie aan de Bosnische ontheemden die vrijwillig terugkeren naar hun land, *B.S.* 18 november 1997 (een integratieverslag wordt opgesteld). Andere omzendbrieven, zoals Omz. 30 september 1997 betreffende het verlenen van een verblijfsmachtiging op basis van samenwonen in het kader van een duurzame relatie, *B.S.* 14 november 1997, hanteren de term integratie, zonder die evenwel te specificeren.

<sup>256</sup> Lees ook K. DE GUCHT, "Inburgering door verplicht aanleren van de streektaal en de bescherming van de mensenrechten", *T.P.B.* 1997, 151-159; G. DE MOFFARTS, "De betekenis van de 'integratiewil' in het wetboek van de Belgische Nationaliteit", *T. Vreemd.* 1987-88, 27-31.

<sup>257</sup> Omz. 15 december 1998, *I.c.*; Omz. 27 oktober 1997, *I.c.*.

<sup>258</sup> Omz. 15 december 1998, *I.c.*; Omz. 27 oktober 1997, *I.c.*, die ook werkbereidheid in acht neemt.

geïntegreerd in het gemeenschapsleven (door actieve deelname aan activiteiten)<sup>259</sup>, heeft schoolgaande kinderen<sup>260</sup>.

Voor de regularisatie in buitengewone omstandigheden van illegaal verblijf wordt integratie reeds vermoed op grond van het enkele feit dat de kinderen steeds naar school zijn gegaan en zich intussen goed geïntegreerd hebben. Het feit dat de ouders niet in België hebben gewerkt of nog niet één van de landstalen spreken, staat de machtiging tot het verblijf niet in de weg<sup>261</sup>.

Ook de reden van het verblijf en de graad van gebondenheid met de rechtscultuur van oorsprong oefenen een invloed uit op de beoordeling van de integratiegraad<sup>262</sup>.

**94.** Een definiëring van de stabiele verblijfspositie a.h.v. de genoemde integratiecriteria werkt o.i. rechtsonzekerheid in de hand<sup>266</sup>. Niet alleen gebeurt de beoordeling onvermijdelijk discretionair en zullen kleine nuanceverschillen een groot verschil in resultaat opleveren. Ook liggen zowel de feiten, als de beoordeling ervan in ruime mate in handen van de betrokken vreemdeling. Wenst deze niet dat tot een aanknoping bij de Belgische rechtsorde wordt besloten, dan zal hij niet nalaten om zoveel mogelijk tekenen van integratie af te zwakken, en omgekeerd. Zoals we voorheen reeds een veralgemeende rechtskeuze afwezen op grond van de manipuleerbaarheid en rechtsonzekerheid die eruit voortvloeit<sup>267</sup>, menen we dat ook subjectieve integratiecriteria voor ons

<sup>259</sup> Omz. 15 december 1998, *I.c.* (vermeldt expliciet dat de aanwezigheid van een steuncomité of de tussenkomsten van veel personen evenwel niet noodzakelijk het bewijs vormt van een goede integratie); Omz. 27 oktober 1997, *I.c.*.

<sup>260</sup> Omz. 15 december 1998, *I.c.*; Omz. 27 oktober 1997, *I.c.*.

<sup>261</sup> Omz. 15 december 1998, *I.c.* Ook in Omz. 30 september 1997, *I.c.*, wordt het hebben van gemeenschappelijke kinderen (daarbij lijkt niet te worden vereist dat deze schoolgaand zijn) beschouwd als een uitzonderlijke omstandigheid en impliciet op gelijke voet gesteld als een bestaande integratie. Na het stopzetten van de duurzame samenwoning kan de betrokkene op een van deze twee gronden verder in België verblijven.

<sup>262</sup> M. FALLON, "Une chronique anticipée du droit international privé de la famille (1980-2000)", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 482.

<sup>263</sup> J.-Y. CARLIER (1992); M. FALLON (1991), 482; M.-CL. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België..." *I.c.*, 205; P. GANNAGE, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *R.C.D.I.P. (fr.)* 1992, 425-454; A. HEYVAERT (1995); F. RIGAUX en G. ZORBAS, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge – droit international privé*, Brussel, Larcier, 1981, 26; A.P. VONKEN, "Rechtsvinding in het hedendaagse internationale familierecht", *F.J.R.* 1988, 51-59; A.E. VON OVERBECK, "La professio juris comme moyen de rapprocher les principe du domicile et de la nationalité en droit international privé", in X., *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gent, RUG, 1965, 1085-1112.

<sup>264</sup> M.-C. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België...", *I.c.*, 205; A.E. VON OVERBECK, *I.c.*, 1099.

<sup>265</sup> M.-C. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België...", *I.c.*, 205; A.E. VON OVERBECK, *I.c.*, 1099.

<sup>267</sup> J.-Y. CARLIER (1992); M. FALLON (1991), 482; M.-CL. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België..." *I.c.*, 205; P. GANNAGE, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *R.C.D.I.P. (fr.)* 1992, 425-454; A. HEYVAERT (1995); F. RIGAUX en G. ZORBAS, *Les grands arrêts de la jurisprudence belge – droit international privé*, Brussel, Larcier, 1981, 26; A.P. VONKEN, "Rechtsvinding in het hedendaagse internationale familierecht", *F.J.R.* 1988, 51-59; A.E. VON OVERBECK, "La professio juris comme moyen de rapprocher les principe du domicile et de la nationalité en droit

onderzoek noch een voldoende, noch een noodzakelijke voorwaarde vormen om de stabiliteit van de migratie aan te toetsen. We gaan vervolgens op zoek naar objectievere criteria die billijkheidshalve toelaten dat tot een overwegende band met de Belgische rechtsorde wordt besloten, zonder dat een concrete afweging van de subjectieve beleving is vereist. Deze criteria halen we uit het verblijfsrecht en het nationaliteitsrecht, die – zo zullen we aantonen – voldoende waarborgen<sup>268</sup> inhouden voor een effectieve integratie.

## C.2. EEN AFBAKENING A.H.V. DE BESLISSINGSCRITEIA IN HET VERBLIJFS- EN NATIONALITEITSRECHT

### C.2.A. INLEIDING

95. Het is niet aangewezen dat ons recht een vreemdeling, die hier reeds gedurende een zekere termijn op regelmatige wijze en voor een onbepaalde duur<sup>269</sup> verblijft, maar de Belgische nationaliteit niet kan of wil aannemen, voor privaatrechtelijke aangelegenheden anders blijft behandelen dan een vreemdeling die de Belgische nationaliteit wél aanneemt en voortaan als Belg zijn personeel statuut naar Belgisch recht geregeld ziet. Scheppen bepaalde concrete feiten, zoals we hierboven aanhaalden, een vermoeden van integratie in het voordeel van de vreemdeling, waarom zou een zekere verblijfsduur dan niet van voldoende integratie kunnen getuigen, ook als de vreemdeling die niet zelf inroept en zelf misschien liever zijn nationale wet toegepast ziet? De vaststelling dat het Arbitragehof de duur van het verblijf op zich reeds in aanmerking heeft genomen om een verschil in behandeling te rechtvaardigen op grond van de mate van integratie<sup>270</sup>, sterkt ons in onze overtuiging dat het Belgische familierechtelijke I.P.R. het best pragmatisch te werk kan gaan met een vermoeden van integratie na een zekere verblijfsduur of nadat de vreemdeling aan een objectieve<sup>271</sup> voorwaarde heeft voldaan om de Belgische nationaliteit te verkrijgen<sup>272</sup>.

---

international privé”, in X., *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gent, RUG, 1965, 1085-1112.

<sup>268</sup> Of aanzetten daartoe: cf. *infra*, onze bedenkingen bij de tweedeling tussen enerzijds de verwerving van nationaliteit of een verstevigd verblijfsstatuut, en anderzijds het gevoerde integratiebeleid.

<sup>269</sup> Vreemdelingen die slechts recht op verblijf voor bepaalde duur genieten en illegale verblijfhouders genieten naar ons voorstel geen optierecht, maar zien steeds hun *lex patriae* toegepast, dit om *forum shopping* te vermijden.

<sup>270</sup> Arbitragehof nr. 43/98 van 22 april 1998, B.S. 29 april 1998. *In casu* betrof het de gronden om een vreemdeling terug te wijzen. Art. 7, eerste lid, 3° Vreemdelingenwet staat toe dat vreemdelingen met kort verblijf worden teruggewezen wanneer ze geacht worden de openbare orde of de nationale veiligheid te *kunnen* schaden. Art. 20 Vreemdelingenwet stelt daarentegen dat vreemdelingen met machtiging tot verblijf van meer dan drie maanden slechts bij *daadwerkelijke* verstoring kunnen worden teruggewezen en dat gevestigde vreemdelingen slechts bij *ernstige* verstoring kunnen worden uitgezet.

<sup>271</sup> Ongeacht of hij de Belgische nationaliteit daadwerkelijk wil verwerven: zie ook enkele bepalingen uit het verblijfsrecht: art. 10, eerste lid, 2°; art. 15, eerste lid, 1°; art. 21, eerste lid, 2° Vreemdelingenwet.

<sup>272</sup> We gaan hieronder na welke voorwaarden o.i. voldoende waarborgen kunnen bieden.

96. We gaan vervolgens na welke van de criteria die in aanmerking worden genomen voor een nationaliteitsverklaring<sup>273</sup> of voor vestiging<sup>274</sup>, tevens een rol kunnen spelen in het internationaal privaatrecht, om een opdeling te maken tussen vreemdelingen mét en vreemdelingen zonder stabiele verblijfsspositie.

## **C.2.B. CATEGORIEËN VAN VREEMDELINGEN MET EEN STABIELE VERBLIJFSPOSITIE: TOETSING AAN DE CRITERIA VAN HET NATIONALITEITSRECHT**

### **C.2.B.1. Minderjarigen**

#### **- kind van een Belg**

97. De bepalingen waarbij een kind dat wordt geadopteerd door of afstamt van een Belg, de Belgische nationaliteit van rechtswege wordt toegekend als het is geboren in België, of in het buitenland uit een Belgische biologische<sup>275</sup> ouder, of de nationaliteit via een verklaring door de ouder kan verkrijgen bij geboorte in het buitenland<sup>276</sup>, geven aan dat een persoon gedurende zijn minderjarigheid de nationaliteit van zijn ouder kan verwerven. Voor onze afbakening met het oog op het I.P.R., maken we, zoals gezegd, abstractie van elk wilselement, en dus ook *in casu* van de soms beperkte termijn waarover de betrokkenen beschikken om hun kind door een verklaring de Belgische nationaliteit te doen verwerven<sup>277</sup>. We menen dat het is aangewezen dat minderjarige kinderen, behoudens de voorbehouden die hieronder worden gemaakt<sup>278</sup>, hun ouder zouden volgen in de beoordeling van hun verblijfssituatie voor het I.P.R., zoals ze dat ook, behoudens enkele beperkingen, kunnen in het nationaliteitsrecht.

98. Het is goed denkbaar dat niet beide ouders van een kind een stabiele verblijfsspositie in België hebben<sup>279</sup>. Verblijven beide ouders in België en heeft één van hen een stabiele verblijfsspositie, dan is het, in het belang van zowel de familiale juridische eenheid als van de stabiliteit van het personeel statuut van het kind, aangewezen om aan te knopen bij het Belgische recht. Het huidige verblijf in België van het koppel maakt immers de kans reëel dat het familieleven hier zal worden voortgezet en niet in het land waar de andere ouder de nauwste band mee heeft. Verblijft het kind bij beide ouders, dan gaat onze voorkeur er m.a.w. naar uit om aan te sluiten bij het personele statuut dat aanknoopt bij de *lex fori*. Knoopt het personeel statuut van beide ouders aan bij een verschillende

<sup>273</sup> We houden geen rekening met het mogelijk negatieve advies van de procureur des konings om gewichtige feiten, eigen aan de persoon: art. 12bis § 2, derde lid en art. 15 § 2 W.B.N., of met een weigering van de procureur, de Dienst Vreemdelingenzaken en/of de Dienst Veiligheid van de Staat in het kader van een naturalisatieaanvraag: art. 21 § 3, tweede lid W.B.N.

<sup>274</sup> We houden geen rekening met een mogelijk weigering om redenen van openbare orde of veiligheid van het land: art. 15 Vreemdelingenwet.

<sup>275</sup> I.t.t. de adoptieouder.

<sup>276</sup> Art. 8 en art. 9, 1° en 2°, b. W.B.N.

<sup>277</sup> Bv. art. 8, § 1, 2°, b W.B.N.

<sup>278</sup> M.b.t. bepaalde tweede- en derdegeneratiemigranten.

<sup>279</sup> Cf. *infra*: echtgenoten geven een stabiele verblijfsspositie niet automatisch aan elkaar door. Dat gebeurt slechts via de vestiging.

rechtsorde, verschillend van de Belgische<sup>280</sup>, dan moet worden nagegaan bij welke rechtsorde voor het kind het meest effectief wordt aangeknoopt. Leven de ouders feitelijk gescheiden, en is er geen feitelijk gezinsleven tussen de ouder met een stabiele verblijfspositie in België en het kind, dan is het integendeel in het belang van de juridische eenheid binnen het gezin om aan te knopen bij de wet van de ouder bij wie het kind wél hoofdzakelijk verblijft.

Voor de efficiëntie van de aanknopng voegen we daarom aan de voorwaarden van de Nationaliteitswet toe dat het kind slechts de aanknopng overneemt bij het personele recht van de ouder bij wie het hoofdzakelijk verblijft. Ook al komt de andere ouder in aanmerking voor de Belgische nationaliteit, en wordt op die grond Belgisch recht op hem van toepassing, het kind zal hem daar naar ons voorstel niet automatisch in volgen. Ook als die ouder effectief de Belgische nationaliteit verwerft en het kind hem daarin volgt, zal de Belgische nationaliteit bij gebrek aan stabiele verblijfspositie geen aanleiding geven tot de verplichte toepassing van Belgisch recht op het kind. We beogen het aanknopingsvoorstel m.n. te bilateraliseren. Niet alleen t.a.v. vreemdelingen, maar ook t.a.v. Belgen<sup>281</sup> stellen we voor om in functie van een nauwere aansluiting bij een andere rechtsorde, af te wijken van de nationaliteitsaanknopng. Het is niet de bedoeling om op zoveel mogelijk personen in België Belgisch recht toe te passen, maar wel om ten behoeve van eenieder naar het meest gepaste recht te verwijzen<sup>282</sup>.

#### **- kind van een vreemdeling**

99. Art. 11 W.B.N. kent een minderjarige derdegeneratiemigrant van rechtswege de Belgische nationaliteit toe, als minstens één van zijn (adoptie-)ouders zelf in België is geboren en er hoofdverblijf heeft gehad gedurende minstens vijf jaar van de tien jaar die aan de geboorte resp. adoptie voorafgingen. Deze bepaling houdt niet noodzakelijk in dat de ouder op het ogenblik dat het kind Belg wordt, zelf over een stabiele verblijfspositie beschikt. Niettemin menen we dat t.a.v. het kind de Belgische nationaliteit en het ononderbroken verblijf in België sinds de geboorte doorwegen en daarom aanleiding moeten geven tot een aanknopng bij Belgisch recht, en bijgevolg tot een verschillende aanknopng voor ouder en kind. Hiermee wijken we af van het hierboven genoemde voorstel om in het licht van de familiale eenheid het kind steeds te laten aansluiten bij het personeel statuut van één van zijn ouders. Vandaag reeds is dat het geval, aangezien de verschillende nationaliteit via de nationaliteitsaanknopng aanleiding geeft tot de toepassing van bepalingen van verschillende rechtsordes.

<sup>280</sup> Of in functie van de bilateralisering (cf. *infra*): verschillend van die van de Verblijfsstaat.

<sup>281</sup> Zie ook de stelling van o.m. J. ERAUW, "Tendenzen in het recht van grensoverschrijdende personen en families", in X., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving, twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 118.

<sup>282</sup> Cf. *infra*: bilateralisering van het voorstel.

<sup>283</sup> Zie ook de stelling van o.m. J. ERAUW, "Tendenzen in het recht van grensoverschrijdende personen en families", in X., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving, twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 118.

<sup>284</sup> Zie bv. de inburgeringsplicht in Nederland.

<sup>285</sup> Dit voorbehoud geldt eveneens t.a.v. ons aanknopingsvoorstel. Zie titel C.3.

**100.** Zetten ouder en kind hun gezinsleven in België voort, dan zal het verschil in behandeling hoedanook hoogstens drie jaar aanhouden. Ten laatste vanaf dat ogenblik geniet de ouder immers eveneens een stabiele verblijfspositie in België (*cf. infra*).

**101.** Verblijft het kind niet sinds de geboorte onafgebroken in België, dan stellen we voor dat het ondanks zijn Belgische nationaliteit niet automatisch Belgisch recht toegepast zou zien op zijn personeel statuut en dat voor zijn rechtssituatie zou worden aanknoopt bij hetzelfde recht als voor de ouder<sup>286</sup>, in toepassing van de hierboven voorgestelde algemene regel. Stabiel verblijf staat in ons voorstel immers centraal. Een minderjarige vreemdeling volgt ook in het verblijfsrecht steeds het statuut van zijn ouders<sup>287</sup>. Daarom menen we dat slechts verblijf van bij de geboorte in samenhang met de bepaling van art. 11 W.B.N. hier een uitzondering op kan vormen.

**102.** Art. 11*bis* W.B.N. laat de ouders van een tweedegeneratiemigrant die sinds zijn geboorte in België verblijft, toe om vóór zijn twaalfde verjaardag een nationaliteitsverklaring voor het kind af te leggen, mits zijzelf sinds tien jaar voorafgaandelijk aan de verklaring hoofdverblijf in België hebben gehad. Om ook het criterium dat we uit deze regeling afleiden, los te koppelen van enig wilselement, kan zonder meer tien jaar onafgebroken hoofdverblijf door de ouders tussen de geboorte en de twaalfde verjaardag in aanmerking worden genomen.

Naar analogie van de vorige bespreking, stellen we voor om op het kind dat sinds de geboorte in België verblijft, Belgisch recht toe te passen zolang het in België verblijft, ook al verblijven zijn ouders na de verklaring niet langer op ononderbroken wijze in België. Deze laatste hypothese zal zich hoedanook niet snel voordoen, aangezien het kind zijn ouders normaal gezien naar het buitenland zal volgen. Doet het dat, dan stellen we voor om voortaan hetzelfde recht op rechtsvragen inzake zijn personeel statuut toe te passen, als het recht waaraan zijn ouders zijn onderworpen, ook al heeft het mogelijk nog geen overwegende band met dat recht.

Blijven de ouders met het kind in België wonen, dan zal op een andere grond sneller kunnen worden besloten tot stabiel verblijf in hun hoofde, en bijgevolg in toepassing van de 'volgregel' ook in hoofde van het kind. Ten laatste na drie jaar is hun stabiel verblijf immers verzekerd in toepassing van de naturalisatiebepaling (*cf. infra*). Het criterium is m.a.w. slechts exclusief van

<sup>286</sup> Hieronder zullen we pleiten voor een aanknoping bij het recht van het land waar de ouder voor het laatst drie jaar ononderbroken heeft verbleven. In een aantal bijzondere hypothesen kan worden volstaan met een kortere verblijfsduur. Die hypothesen steunen we, zoals aangekondigd, op een fictieve transponering van de criteria om de Belgische nationaliteit te verwerven naar het plan van de beoordeling van de band die de betrokkene heeft met het land van huidig verblijf. Tenslotte bilateraleren we ook het voorstel dat gezinshereniging er aanleiding toe zou geven dat de aanknoping voor het familielid dat een beroep doet op de gezinshereniging wordt afgestemd op de aanknoping die geldt in hoofde van de gezinshereniger, mits die is gesteund op aanvaardbare criteria om te besluiten tot een stabiele verblijfspositie (*cf. infra*).

<sup>287</sup> Met uitzondering van de bijzondere situatie van de niet-begeleide minderjarige.

dienst als het kind alleen in België blijft wonen.

**104.** Beide regelingen worden eveneens gebilateraliseerd. De Belgische derdegeneratie-emigrant die sinds zijn geboorte hoofdverblijf heeft in het land van geboorte en van wie een ouder er eveneens hoofdverblijf heeft gehad gedurende minstens vijf jaar van de tien jaar die aan de geboorte resp. adoptie voorafgingen, en de Belgische tweedegeneratiemigrant die sinds zijn geboorte hoofdverblijf heeft in het land van geboorte en van wie een ouder gedurende tien jaar tussen zijn geboorte en zijn twaalfde verjaardag onafgebroken hoofdverblijf in dat land heeft gehad, ziet het recht van zijn geboorteland op zich toegepast, zolang hij er verblijft.

**105.** Samengevat: volgens het hierboven uitgewerkte aanknopingsstelsel zou t.a.v. minderjarigen worden aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op de ouder bij wie hij hoofdzakelijk verblijft<sup>288</sup>, tenzij die aanknopingsaanleiding zou geven tot toepassing van een ander recht dan dat van het land waar het kind is geboren, sinds zijn geboorte verblijft en waarvan de migratiegeschiedenis van zijn familie toelaat een voldoende band te veronderstellen (*cf. supra*).

### **C.2.B.2. Meerderjarigen**

**106.** Een persoon die als minderjarige nog niet aan Belgisch familierecht zou zijn onderworpen in toepassing van de bovengenoemde overwegingen, zou naar onze opvatting na de leeftijd van achttien in de hierondergenoemde omstandigheden alsnog aan Belgisch recht kunnen worden onderworpen.

#### **- de bepalingen inzake nationaliteitsverklaring**

**107.** Naar aanleiding van de laatste wijziging van de nationaliteitswet is veelvuldige kritiek gerezen op het wegvallen van de integratietoets. Niet alleen is de expliciete toets in het kader van de naturalisatieprocedure weggefallen. Ook is de regeling van de nationaliteitsverklaring aangevuld met een categorie van rechthebbenden die geen verblijfsband met België moeten voorleggen en hier evenmin geboren moeten zijn<sup>289</sup>. Het volstaat dat één van hun ouders de

<sup>288</sup> Bij verblijf bij beide ouders primeert desgevallend een aanknopingswet van de ouder die stabiel verblijf houdt in de Staat van huidig verblijf.

<sup>289</sup> Zelfs niet op het ogenblik van de nationaliteitsverklaring, wat als gevolg heeft dat de vreemdeling in de Belgische ambassade van zijn land van verblijf de nationaliteitsverklaring kan afleggen. De bepaling is, zoals de parlementaire voorbereiding stelt (Toelichting bij Wetsontwerp van 29 november 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de Belgische nationaliteit, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, nr. 292/1, 9) overgenomen uit de vroegere regeling van de nationaliteitskeuze. Deze regeling (oud art. 14 W.B.N.) stelde evenwel de vereiste voorop dat de betrokkene zijn hoofdverblijf in België had gedurende de twaalf voorafgaande maanden. Tenzij een van zijn ouders Belg was bij zijn geboorte (ook al is hij of zij niet langer Belg), moest de betrokkene bovendien in het verleden hoofdverblijf in België hebben gehad van de leeftijd van veertien tot achttien jaar of gedurende tenminste negen jaar, of moest hij bewijzen een werkelijke band met België te hebben bewaard gedurende die periode.



Belgische nationaliteit heeft en dat ze zelf ouder zijn dan achttien<sup>290</sup>. Deze evolutie maakt het niet langer mogelijk om stelselmatig voor alle categorieën van personen die in aanmerking komen voor de Belgische nationaliteit, aan te nemen dat ze op stabiele wijze in België verblijven. Dergelijke stellingname zou slechts een onwenselijk gevolg toevoegen aan de reeds té licht bevonden Nationaliteitswet.

Daarom stellen we voor om de voorwaarden die figureren in het nationaliteitsrecht te combineren met de voorwaarde dat de vreemdeling aanspraak heeft gemaakt op een verblijf van onbepaalde duur.

Categorieën waarvan kan worden aangenomen dat ze op stabiele wijze in België verblijven en die bijgevolg voor een verplichte toepassing van Belgisch familierecht in aanmerking kunnen komen, zijn, mits ze recht hebben op verblijf voor onbepaalde duur:

- de in het buitenland geboren vreemdeling van wie een ouder op het tijdstip van de beoordeling de Belgische nationaliteit bezit en die aanspraak heeft gemaakt op een machtiging tot verblijf voor onbepaalde duur;
- de in België geboren vreemdeling, ouder dan 18 jaar, die er sedert zijn geboorte zijn hoofdverblijf heeft<sup>291</sup>. De betrokkene zal over het algemeen inmiddels over een vestigingstitel beschikken of daar aanspraak op kunnen maken. Dat laatste bezorgt hem reeds een stabiele verblijfssituatie<sup>292</sup>.
- de vreemdeling, ouder dan 18, die sinds zeven jaar zijn hoofdverblijf heeft in België en op het ogenblik van de verklaring tot verblijf voor onbepaalde duur of vestiging is toegelaten<sup>293</sup>.

#### **- de bepalingen inzake nationaliteitskeuze**

**108.** Binnen de regeling van de nationaliteitskeuze<sup>294</sup>, verwijzen we naar de categorieën van:

- de vreemdeling, tussen 18 en 22, die in België geboren is en zijn hoofdverblijf in België heeft gehad gedurende de twaalf voorafgaande maanden<sup>295</sup>. Tenzij een van zijn ouders of adoptanten Belg was bij zijn geboorte (ook al is hij of zij niet langer Belg), moet de betrokkene bovendien in het verleden hoofdverblijf in België hebben gehad van de leeftijd van veertien tot achttien jaar of gedurende tenminste negen jaar<sup>296</sup>;
- de in het buitenland geboren vreemdeling van wie een adoptant de Belgische nationaliteit bezit en die zijn hoofdverblijf in België heeft gehad gedurende de

<sup>290</sup> Art. 12bis § 1, 2° W.B.N.

<sup>291</sup> Gesteund op art. 12 bis § 1, 1° W.B.N.

<sup>292</sup> Cf. *infra*: de stabiele verblijfssituatie op grond van het verblijfsstatuut.

<sup>293</sup> Gesteund op art. 12 bis § 1, 3° W.B.N.

<sup>294</sup> We houden geen rekening met het mogelijk negatieve advies van de procureur des konings om gewichtige feiten, eigen aan de persoon of omdat hij meent dat er redenen zijn om te oordelen dat de integratiewil van de betrokkene onvoldoende is (art. 15 § 2 W.B.N.).

<sup>295</sup> Art. 13 j° 14 WBN.

<sup>296</sup> Of moet hij bewijzen een werkelijke band met België te hebben bewaard gedurende die periode.

twalf voorafgaande maanden<sup>297</sup>. Tenzij een van zijn adoptanten tevens Belg was bij zijn geboorte (zelfs al is hij of zij niet langer Belg), moet ook deze vreemdeling bovendien in het verleden hoofdverblijf in België hebben gehad van de leeftijd van veertien tot achttien jaar of gedurende tenminste negen jaar<sup>298</sup>.

- de in het buitenland geboren vreemdeling die zijn hoofdverblijf in België heeft gehad gedurende de twalf voorafgaande maanden<sup>299</sup> en van wie een ouder of adoptant de Belgische nationaliteit bezat of bezeten had op het tijdstip van de geboorte.

- het kind dat vóór de leeftijd van zes jaar gedurende minstens één jaar hoofdverblijf in België heeft gehad samen met een persoon die over hem het wettelijk gezag uitoefende en zijn hoofdverblijf in België heeft gehad gedurende de twalf voorafgaande maanden<sup>301</sup>. Tenzij een van zijn ouders Belg was bij zijn geboorte (zelfs al is hij of zij niet langer Belg), moet ook deze betrokkene bovendien in het verleden hoofdverblijf in België hebben gehad van de leeftijd van veertien tot achttien jaar of gedurende tenminste negen jaar<sup>302</sup>.

**109.** Hoewel de betrokkene die behoort tot één van de vier bovenstaande categorieën slechts twalf maanden ononderbroken verblijf in België moet kunnen bewijzen, heeft hij ofwel tijdens een belangrijke periode in zijn identiteitsvorming minstens vier jaar ononderbroken in België geleefd, of in een iets verder verleden negen jaar, ofwel had één van zijn (adoptie-)ouders de Belgische nationaliteit (gehad) op het tijdstip van de geboorte en kan uit de vermoedelijk Belgisch geïnspireerde opvoeding een voldoende sterke band met de Belgische rechtsorde blijken.

**110.** De ruime waaier aan mogelijkheden om te besluiten tot een stabiele verblijfspositie, die hieronder nog verder zal worden aangevuld, geeft aan dat de rechter meerdere onderzoeken zal moeten verrichten, alvorens hij tot het ontbreken van stabiel verblijf kan besluiten. In het nationaliteitsrecht komt het aan de betrokken vreemdeling toe om te handelen en de bepaling in te roepen die hem toegang verleent tot de Belgische nationaliteit. Aangezien we in dit verband evenwel willen tegengaan dat een vertekend beeld ontstaat door het stilzitten van de partijen, is het aangewezen dat de I.P.R.-rechter *in casu* systematisch in toepassing van art. 877 Ger. W. zou vergen dat de partijen de nodige documenten voorleggen om kenbaar te maken of ze al dan niet reeds een stabiele verblijfspositie hebben<sup>303</sup>.

<sup>297</sup> Art. 13 j° 14 WBN.

<sup>298</sup> Of moet hij bewijzen een werkelijke band met België te hebben bewaard gedurende die periode.

<sup>299</sup> Art. 13 j° 14 WBN.

<sup>300</sup> Of moet hij bewijzen een werkelijke band met België te hebben bewaard gedurende die periode.

<sup>301</sup> Art. 13 j° 14 WBN.

<sup>302</sup> Of moet hij bewijzen een werkelijke band met België te hebben bewaard gedurende die periode.

<sup>303</sup> Deze formaliteit zou kunnen worden verlicht door ze eenmalig te maken en te voorzien in een melding van de nodige gegevens in de kant van de inschrijving van elke vreemdeling in het vreemdelingenregister (*cf. infra*, randnr. 223).

De controle zal inhouden dat alle relevante gegevens m.b.t. het verblijf en de familiale achtergrond moeten worden nagaan, niet alleen voor het heden, maar ook voor het verleden. Een eenduidig criterium van bv. drie of vijf jaar wettig verblijf, is in dat opzicht weliswaar praktischer, maar lijkt ons onvoldoende. Betoont de Belgische wetgever zich bereid om bepaalde personen onder soepelere verblijfscondities de Belgische nationaliteit - en daarmee alle politieke rechten - te verlenen, waarom zouden we ons dan inzake personeel statuut terughoudend opstellen en genoeg nemen met een algemene regeling? Waarom zou onze invulling van het gelijkheidsbeginsel inzake personeel statuut minder verfijnd moeten zijn?

111. Ook al kondigden we eerder aan dat we geen ruimte willen laten voor een onrechtstreekse discretionaire I.P.R.-keuze in hoofde van geïntegreerde vreemdelingen, we menen *in casu* geen abstractie te kunnen maken van de maximumleeftijdsgrens die in de beschreven regeling van de nationaliteitskeuze op 22 jaar wordt gesteld. Het is immers ondenkbaar dat de rechter in een zaak die een vreemdeling van hogere leeftijd betreft, voor de aanknoping zou moeten teruggrijpen naar diens verblijfs- en familiale situatie tussen 18 en 22 jaar, en zou moeten besluiten tot een toepasselijkheid van Belgisch recht, terwijl de betrokkene gedurende de laatste jaren slechts sporadisch of heel kort, of misschien zelfs helemaal niet meer in België verbleef. Daarom stellen we voor om in de genoemde situaties Belgisch recht toe te passen tot de leeftijd van 22 jaar en daarna slechts zolang de betrokkene ononderbroken in België verblijft. Deze laatste verlenging treedt weliswaar buiten de grenzen van de nationaliteits- of vestigingsbepalingen, als de betrokkene niet langer in aanmerking komt voor een nationaliteitsverklaring of andere wijze van nationaliteitsverwerving, bv. als hij nog niet sinds drie jaar onafgebroken in België verblijft. Een rechtssituatie die naar Belgisch recht is ontstaan, of er minstens lange tijd naar is beoordeeld, abrupt aan buitenlands recht onderwerpen, zou evenwel onredelijk zijn als de betrokkene zijn verblijf in België voortzet. Daarom menen we dat een verblijf van minder dan drie jaar niettemin aan de grondslag kan liggen van een verdere toepassing van Belgisch recht op de familierechtelijke positie van de betrokkene.

### **- de bepalingen m.b.t. de vreemde echtgenoot van een Belg**

112. De buitenlandse echtgenoot van een Belg kan een verklaring van nationaliteitskeuze afleggen, hetzij na drie jaar te hebben samengeleefd, hetzij na zes maanden te hebben samengeleefd<sup>304</sup> mits de buitenlandse partner vóór

<sup>304</sup> Huwelijks of voorhuwelijks; niet noodzakelijk onmiddellijk voorafgaand aan de verklaring, mits de betrokkenen op het ogenblik van de verklaring in België verblijven. Ook verblijf dat dateert van vóór de datum waarop de andere partner de Belgische nationaliteit verwierf, komt in aanmerking. Hetzelfde geldt voor verblijf in het buitenland, mits de betrokkenen een werkelijke band met België op dat ogenblik aantonen: CH. CLOSSET, *Traité de la nationalité en droit belge*, Brussel, Larcier, 1993, 344. Ook na de latere wijzigingen van het W.B.N. blijven deze versoepelingen gelden. Hierover o.m. R.v.St. nr. 41.531, 11 januari 1993, *T.Vreemd.* 1993, 210; Luik 29 april 1997, *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 33. Rb. Gent 28 september 1995, *T.G.R.* 1996, 2, noot; Bergen 14

het huwelijk reeds drie jaar in het bezit is geweest van een machtiging tot het verblijf of in België gevestigd was<sup>305</sup>.

**113.** De minimale verblijfsduur van drie jaar wijst op zich reeds op een zekere stabiliteit van het verblijf. Ook al zou de periode van drie jaar slechts bestaan uit een opeenvolging van verblijfstitels van beperkte duur, dan nog is er door het huwelijk met een Belg een voldoende waarborg – of minstens redelijke verwachting – van integratie en stabiel verblijf.

In navolging van de optie die is gemaakt binnen het nationaliteitsrecht<sup>306</sup>, menen we dat het niet wenselijk is om aan het huwelijk *van rechtswege* gevolgen te verbinden op het vlak van het I.P.R. Ook op *termijn* blijkt bovendien het huwelijk binnen het huidige nationaliteitsrecht in de praktijk geen bijzondere voorrechten meer te ressorteren, aangezien eenieder die sinds drie jaar in België verblijft een naturalisatieverzoek kan indienen en het onderscheid tussen een *recht* op nationaliteitskeuze en de *gunst* van een naturalisatie door de afschaffing van de integratietoets ernstig is vervaagd<sup>307</sup>.

Het loutere huwelijk van een vreemdeling met rechtsgeldig verblijf in België kan o.i. de aanknoping niet beïnvloeden. Wél zal gezinshereniging van een vreemdeling die geen voorafgaand verblijf in België genoot, bij zijn Belgische partner volstaan om te besluiten tot een voldoende nauwe band met de Belgische rechtsorde (*cf. infra*).

Op die manier bouwen we alsnog voort op de praktijk die mettertijd in het I.P.R. is gegroeid om het huwelijk met een Belg toch enigszins te laten doorwegen bij de beoordeling, bv. via de concrete toepassing van de exceptie van internationaalprivaatrechtelijke openbare orde<sup>308</sup>, al dan niet expliciet met een beroep op *Inlandsbeziehung*<sup>309</sup>.

#### **- de bepalingen inzake naturalisatie**

**114.** Vanaf de leeftijd van achttien jaar kunnen alle vreemdelingen die minstens sinds drie jaar hun hoofdverblijf hebben in België<sup>310</sup>, een naturalisatieverzoek indienen. Ondanks de discussie die hieromtrent bestaat<sup>311</sup>, gaan we ervan uit dat

juni 1995, *R.R.D.* 1996, 534, noot C. DEBROUX; Bergen 24 mei 1995, *J.T.* 1996, 371.

<sup>305</sup> Art. 16 § 2 W.B.N.

<sup>306</sup> Zie de ontstaansgeschiedenis van art. 16, § 1 W.B.N.

<sup>307</sup> I.t.t. het verblijfsrecht: *cf. infra*. Deze bevinding vormt o.i. een zoveelste aanwijzing van de ontmanteling van de oorspronkelijke doelstellingen van ons nationaliteitsrecht en van de steeds grotere instrumentalisering ervan. De bepalingen vormen geen eenheid meer. De wetgever wordt verblind door zijn externe drijfveren.

<sup>308</sup> *Cf. infra*, deel 4, hoofdstuk 2 (omgang met polygamie).

<sup>309</sup> De vaststelling dat de situatie door de Belgische nationaliteit van één van de betrokkenen nauw aansluit bij de Belgische rechtsorde en dat daarom sneller besloten kan worden dat het buitenlandse recht een inbreuk pleegt op onze meest fundamentele beginselen.

<sup>310</sup> Of twee jaar voor de erkende vluchteling en voor de staatloze (art. 19, eerste lid W.B.N.). Deze categorieën genieten evenwel reeds *de iure* toepassing van de Belgische wet inzake personeel statuut.

<sup>311</sup> Zie o.m. de opmerking van B. RENAULD, "Un an d'application du nouveau code de la nationalité belge. Cents fois sur le métier, remets ton ouvrage... Analyse critique de la loi du 1er mars 2000", in M.C. FOLETS e.a. (2002), o.c., 125 en 128, dat nergens wettelijk is bepaald dat

het om ononderbroken wettig verblijf moet gaan.

### **C.2.B.3. Bilateralisering van het voorstel**

**115.** We gaven reeds aan dat we van vreemdelingen met een stabiele verblijfspositie in België niet langer aanvaarden dat zij een rechter in hun land van herkomst adiëren, met de bedoeling om alsnog hun nationale recht toegepast te zien op de voorliggende rechtssituatie. We bepleiten om dergelijke rechtshandeling te kwalificeren als *forum shopping* of *fraude à la loi* (wetsontduiking). Ook Belgen die het centrum van hun belangen niet langer in België situeren, moeten o.i. het recht van hun gewoonlijke verblijfplaats op zich toegepast zien, zodra de band met dat recht voldoende sterk is.

Hierbij rijst de vraag volgens welke criteria de sterkte van de band met de buitenlandse rechtsorde moet worden bepaald. Verwachten we van de Belgische rechter dat hij zich bij zijn oordeel steunt op de nationaliteits- en verblijfsbepalingen van de betreffende Staat, dan plaatsen we hem voor een moeilijke opdracht. Onvermijdelijk zullen immers beoordelingsproblemen rijzen, gezien het discretionaire karakter van het verblijfsrecht. Ook in het Belgische verblijfsrecht vervult de machtiging tot het verblijf als gunstmaatregel een belangrijke rol. Een bewijs zal bovenal moeilijk zijn als de betrokkene in een Staat verblijft die geen bevolkings- of vreemdelingenregister aanlegt waaruit systematisch de verblijfsduur kan worden afgeleid. Het onderzoek zal bovendien onvermijdelijk spaak lopen op de bevinding dat het nationaliteits- en verblijfsrecht niet in alle Staten door dezelfde doelstellingen is ingegeven. Ook tussen de Europese Staten onderling, die alle uitgaan van een immigratiestop, bestaat een verschil in aanpak, bv. wat betreft de instelling van een integratietoets<sup>312</sup> en wat betreft de rol die het nationaliteitsrecht speelt inzake migratie en politieke participatie. Het zou m.a.w. niet eenvoudig zijn om van elke rechtsorde te achterhalen wat binnen die rechtsorde als een stabiele verblijfspositie kan worden beschouwd. Als dat al zou lukken, zou het I.P.R. bovendien nog meer versnipperd worden dan vandaag reeds het geval is. Er zou een te groot verschil in behandeling ontstaan tussen personen<sup>313</sup> wier personeel statuut aanvankelijk aanknoopt bij de Belgische wet (wegens stabiele verblijfspositie) en die vervolgens in een andere Staat gaan wonen, naargelang van de soepelheid van de nationaliteits- en verblijfsbepalingen van die Staat. Zolang niet elders een stabiele verblijfspositie wordt verworven, stellen we immers voor om voort te blijven bij aanknopen bij het recht waarmee voorheen een overwegende band

---

het verblijf wettig moet zijn. De stelling van de parlementaire voorbereiding heeft geen kracht van wet. De bepalingen in het Verslag aan de Koning bij het K.B. van 4 oktober 2000 en in de Omz. van 25 april 2000 voegen iets toe aan de wet, terwijl ze daar geen bevoegdheid toe hebben. “La réponse dépendra de la pratique des parquets, de la jurisprudence des différents tribunaux de première instance, et de celle de la Commission des naturalisations de la Chambre, avec les risques évidents de disparité qu’une telle solution comporte”. Wij menen evenwel dat de *ratio legis* voldoende uitwijst dat wettig verblijf vereist is. Zie ook de jurisprudentie van de Commissie voor Naturalisaties in dit verband.

<sup>312</sup> Zie bv. de inburgeringsplicht in Nederland.

<sup>313</sup> Belgen of vreemdelingen, gezien de bilateralisering van de regel.

werd aangenomen, in ons voorbeeld het Belgische recht. Een verwijzing naar de eigen nationaliteits- en verblijfsbepalingen van de nieuwe Verblifsstaat zou impliceren dat sommige personen na bv. drie jaar verblijf in een andere Staat niet langer Belgisch recht, maar het recht van die Staat op hun personeel statuut toegepast zien, terwijl voor anderen, bij gebrek aan stabiele verblijfspositie in de nieuwe Verblifsstaat, nog verplicht zou worden aangeknoopt bij het Belgische recht.

Ons voorstel om de Belgische criteria voor een stabiel verblijf toe te passen bij de beoordeling van verblijf in een andere Staat, roept evenwel de kritiek op dat we met een verwijzing naar ons eigen verblijfs- en nationaliteitsrecht maatstaven hanteren die tot de kern behoren van de soevereiniteit van elke Staat. We hebben nochtans niet de bedoeling om a.h.v. onze eigen integratiecriteria te bepalen of een vreemdeling *door de betreffende buitenlandse rechtsorde* kan worden geacht geïntegreerd of minstens klaar voor integratie in die rechtsorde te zijn. We betrachten *enkel in functie van de confrontatie met de Belgische rechtsorde* te bepalen met welke rechtsorde de betrokkene de nauwste banden heeft. Dergelijke oefening is eigen aan het I.P.R. Elke Staat bepaalt zijn aanknopingsmechanismen vrij, binnen de marges van de verplichtingen die hij via het internationale recht op zich neemt<sup>314</sup>. De ene Staat meent dat beter wordt aangeknoopt bij de nationale wet, de andere opteert voor de domiciliwet, nog een andere voor een andere aanknopingsmechanisme. Weliswaar kan een verschil in opvattingen ter zake tussen de rechtsorde waar een bepaalde rechtsverhouding ontstaat en de rechtsorde die met een rechtsgevolg ervan wordt geconfronteerd, aan de grondslag liggen van een hinkende rechtspositie. Meer nog, het risico bestaat dat een rechtsorde een rechtsverhouding afwijst die is ontstaan in toepassing van zijn eigen recht, als hij meent dat niet bij de meest aangewezen wet is aangeknoopt. Dat risico bestaat vandaag evenwel reeds en is onvermijdelijk zolang niet alle Staten eenzelfde aanknopingsmechanisme hanteren. De huidige aanknopingsmechanisme voor de gevolgen van het huwelijk van een nationaliteitsgemengd koppel bij de wet van de Staat van gemeenschappelijke verblijfplaats, wijst in elk geval reeds min of meer uit dat ook de Belgische I.P.R.-regeling er niet voor terugdeinst om in de plaats van de betrokken rechtsorde te oordelen dat de voorliggende situatie het nauwst bij die rechtsorde aanknoopt. Daarbij wordt bovendien, verdergaand dan ons voorstel inzake stabiel verblijf, genoeg genomen met kort verblijf. Bepaalde auteurs bepleiten dat op nationaliteitsgemengde koppels voor alle elementen van hun personeel statuut de wet van de stabiele verblijfplaats zou worden toegepast<sup>315</sup>. Rechtsstelsels die

<sup>314</sup> Dit voorbehoud geldt eveneens t.a.v. ons aanknopingsvoorstel. Zie titel C.3.

<sup>315</sup> P. MALAURIE (*aangeh.* door G.A. DROZ, o.c., 133) stelt dat een nationaliteitsgemengd koppel een apatride thuisbasis oplevert. Twee nationaliteiten hebben, is voor een koppel als er geen hebben. Daarom bepleit hij algemeen een verwijzing naar de domiciliwet ingeval van integratie. "Le domicile du foyer mixte cesse d'être la petite patrie subsidiaire qu'il est toujours, pour devenir sa seule patrie". In gelijkardige zin: V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 291.

Heeft één partner de nationaliteit van het forum, dan bepleiten meerdere auteurs de toepassing van de *lex fori*, zeker wanneer de buitenlandse nationaliteit van de andere partner het enige extraneïteitselement vormt: B. ANCEL en Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 1987, 558 p.; H. BATIFFOL, "Principes de droit

het domicilie criterium hanteren, hebben er een regel van gemaakt om aan de toelating door een Staat tot het verblijf zonder meer het gevolg te koppelen dat de rechtsorde van die Staat op de betrokkene toepasselijk is, ook al hanteert die Staat mogelijk zelf een nationaliteitsaanknopning.

Verderbouwend op de reeds gedeeltelijke domicilieaanknopning inzake huwelijksgevolgen, menen we dat na verloop van tijd ook abstractie kan worden gemaakt van de *gemeenschappelijke* nationaliteit van huwelijkspartners. Heeft die niet als gevolg dat de partners terugkeren naar hun land van oorsprong, dan kan daaruit na een zeker verblijf o.i. impliciet worden afgeleid dat de betrokkenen met de Belgische rechtsorde een nauwe band hebben en/of redelijkerwijze kunnen worden geacht te hebben.

De rechtsorde die normaal gezien, wegens het stabiele verblijf van de betrokkene, het meest met de rechtssituatie zal worden geconfronteerd, zal er over het algemeen niet veel problemen mee hebben om zijn eigen recht toegepast te zien op de rechtssituatie, ook al wijst zijn I.P.R. mogelijk een ander recht aan<sup>316</sup>. Deze praktische overweging sterkt ons in de overtuiging dat een bilateralisering met toepassing van de Belgische criteria van stabiel verblijf, is aangewezen.

Kiest een vreemdeling zonder stabiele verblijfspositie voor de toepassing van de domiciliewet, dan ontstaat wél een risico op hinkende rechtsposities. Hier moeten we ons bij neerleggen. De verantwoordelijkheid ligt bij de vreemdeling. Hij moet voor zichzelf uitmaken welk recht het best op hem wordt toegepast, rekening houdend met o.m. het risico op hinkende rechtsposities. Dat beginsel wordt vandaag reeds gehanteerd in het Nederlandse recht t.a.v. o.m. homoseksuelen die wensen te huwen of te adopteren<sup>317</sup>. Naar Frans voorbeeld zou de Belgische rechter ertoe kunnen worden aangespoord om de vreemdeling bij zijn eerste confrontatie met het optierecht te wijzen op het risico voor hinkende rechtsposities indien hij opteert voor aanknopning bij het Belgische recht<sup>318</sup>.

---

international privé", *Recueil des cours* 1959, II, 541: een huwelijk met een partner (ook vrouw) die de nationaliteit van het land van gemeenschappelijke woonplaats heeft, veronderstelt integratiewil; L. DE WINTER, "Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu?", in R.D. KOLLEWIJN e.a., *De conflictu legum, opstellen aangeboden aan R.D. Kollewijn en J. Offerhaus*, Leiden, Sijthoff, 1962, 90; P. GRAULICH en KOKKINI-IATRIDOU, *aangeh.* in G. VAN HECKE, "Principes et méthodes de droit international privé", *I.c.*, 538; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Vermolming van het nationaliteitsbeginsel?", *H.P.S.* 1980, 6; R. KOTTING, "Etnische minderheden en internationaal familierecht", *A.A.* 1981, 589; V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 263. *Contra*: P. MAYER, "Evolution du statut de la famille en droit international privé", *I.c.*, 448: een aanknopning bij de domicilie moet beperkt blijven tot een uitzonderlijke correctie op het principe van de nationaliteitsaanknopning.

<sup>316</sup> Zie bv. voor het Belgische recht art. 570 Ger. W., dat voor de erkenning van een buitenlandse beslissing niet vereist dat een rechtsbepaling is toegepast van een rechtsorde die ook door onze I.P.R.-verwijzingsregel in de materie zou zijn aangewezen. De toepassing van het eigen recht voorkomt bovendien dat een erkenning op inhoudelijke bezwaren stuit waartegen desgevallend de exceptie van openbare orde ingeroepen wordt.

<sup>317</sup> Wet van 21 december 2000. Hierover o.m. H. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Het Pacte Civil de Solidarité, het geregistreerde partnerschap, het opengestelde huwelijk en het Nederlandse internationaal privaatrecht", *N.J.B.* 2000, 884.

<sup>318</sup> Zie hiervoor de Franse "Instruction générale sur l'état civil" van 21 september 1955. Hierover:

### C.2.B.4. Overgangsbepalingen

116. Komt een eind aan het stabiel verblijf in een bepaalde Staat, dan menen we dat verder bij de betreffende rechtsorde moet worden aangeknoopt tot de betrokkene een stabiele verblijfspositie heeft verworven in een andere Staat en vervolgens een voldoende nauwe band is ontstaan om bij die rechtsorde aan te knopen<sup>319</sup>. Het voordeel van deze regeling is niet alleen dat op die manier steeds wordt aangeknoopt bij de rechtsorde waarmee relatief beschouwd<sup>320</sup> de nauwste band bestaat, maar vooral dat op die manier zoveel mogelijk wordt gestreefd naar een stabiele aanknoping.

117. Niettemin moet onvermijdelijk een uitzondering op de voorgestelde regel worden geformuleerd in de hypothese dat een persoon terugkeert naar de Staat waarvan hij onderdaan is en er weer gewoonlijk verblijft, zijn domicilie hervat. Ook deze regel werkt bilateraal. We leggen hem evenwel uit a.h.v. de situatie van een Belg, mede omdat die situatie er het duidelijkst op wijst dat een afwijking van de voorgestelde overgangsregeling voor deze categorie van personen onontbeerlijk is.

Komt een Belg na verloop van tijd terug naar België, dan stelt de mogelijkheid zich niet om zo lang het recht van de Staat waar hij voorheen op stabiele wijze verbleef, op hem toe te passen, tot we kunnen stellen dat hij weer op stabiele wijze in België verblijft. Aangezien we de criteria om tot stabiel verblijf te besluiten, steunen op ons eigen nationaliteitsrecht en verblijfsrecht, en een Belg *de iure* de Belgische nationaliteit en recht op verblijf in België geniet, moeten we besluiten dat de criteria hetzij zijn vervuld, hetzij niet kunnen worden vervuld. De laatste conclusie is de meest correcte: de bepalingen inzake nationaliteitsverwerving en toegang tot het verblijf zijn niet van toepassing op Belgen. Een nieuw criterium uitwerken om voor een Belg te bepalen vanaf welk ogenblik hij stabiel verblijft in België, doet de vraag rijzen hoe dergelijke afweging

---

L. PALSSON (1981), 168; V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 299-300. Zie ook de Duitse BVG 4 mei 1971, *R.C.D.I.P.* 1974, 71, noot E. LABRUSSE: vernietiging van een arrest van het federaal gerechtshof dat had geweigerd om de ambtenaar tot huwelijks-sluiting te dwingen tussen een Duitse uit de echt gescheiden vrouw en een Spaanse man wiens personeel statuut een huwelijk met een uit de echt gescheiden persoon verbood, om de vrouw te beschermen tegen de nadelen van het hinkende huwelijk. Het BVG vernietigde deze uitspraak in het licht van de huwelijksvrijheid en benadrukte dat de enige taak van de autoriteiten erin bestaat de partners te waarschuwen voor het risico op een hinkend huwelijk.

<sup>319</sup> Zie in zekere zin ook artikel 23 Voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen: "Langdurig ingezetenen die gebruik maken van hun recht van verblijf, worden niet onmiddellijk langdurig ingezetenen in de tweede lidstaat. Onmiddellijke en volledige wederzijdse erkenning van de status is niet aan de orde, omdat de betrokkene nog geen banden heeft ontwikkeld met de tweede lidstaat. Daarom behouden langdurig ingezetenen hun status in de eerste lidstaat zolang zij deze nog niet in de tweede lidstaat hebben verworven. Deze bepaling voorkomt dat de positie van langdurig ingezetenen ongunstiger wordt als gevolg van de uitoefening van het recht van verblijf.

<sup>320</sup> Er is immers gezien de ruime mobiliteit niet steeds een even overtuigende aanknoping bij een welbepaalde rechtsorde mogelijk.



best kan gebeuren. De verdere bespreking zal uitwijzen dat elke voorwaarde onvermijdelijk op bezwaren stuit, als men de vergelijking aangaat met familieleden die een gevestigde vreemdeling vervoegen en louter op die grond van bij hun binnenkomst als stabiele verblijfhouder worden gekwalificeerd. We gaan hier later nader op in. We besluiten m.b.t. de overgangsbepaling dat t.a.v. Belgen de loutere vestiging in België volstaat om tot stabiele verblijfspositie te besluiten. Naar analogie kan t.a.v. vreemdelingen worden aangenomen dat hun vestiging in een land waarvan ze onderdaan zijn, volstaat om het familierecht van die Staat op hun personeel statuut toe te passen. Ook bij meervoudige nationaliteit kan daartoe worden besloten, aangezien de betrokken nationaliteit, gezien de territoriale band met de corresponderende Staat, steeds de meest efficiënte aanknoping zal bieden.

#### ***C.2.B.5. Samenvatting van de tekenen van stabiele verblijfspositie die o.i. kunnen worden afgeleid uit het nationaliteitsrecht***

**118.** Een minderjarige laten we inzake aanknoping de ouder(s) volgen bij wie hij hoofdzakelijk verblijft – of bij een verschillend personeel statuut de ouder wiens personeel statuut aanknoopt bij de Belgische wet, of, bij gebreke daaraan, de ouder die voor het kind de meest effectieve aanknoping biedt. Van deze regel stappen we af als het kind door het nationaliteitsrecht een bijzondere band met de Belgische rechtsorde wordt aangemeten en het sinds zijn geboorte ononderbroken in België verblijft.

**119.** T.a.v. meerderjarigen met recht op verblijf voor onbepaalde duur geldt zeven jaar hoofdverblijf als maatstaf, mits de betrokkene op het ogenblik van de beoordeling tevens over een recht op verblijf voor onbepaalde duur beschikt. Ook een ononderbroken verblijf van twaalf maanden kan volstaan om Belgisch recht toe te passen, mits de meerderjarige voor de periode die de leeftijd van 22 jaar voorafging een zeker verblijfsrechtelijk verleden kan voorleggen<sup>321</sup> en hetzij één van zijn ouders bij zijn geboorte of tussen 18 en 22 jaar de Belgische nationaliteit heeft gehad, hetzij hij minstens één jaar vóór de leeftijd van zes jaar in België heeft verbleven met zijn wettelijke vertegenwoordiger, en hij tevens vanaf de leeftijd van 22 jaar ononderbroken voort in België verblijft.

Voor al deze categorieën geldt als bijkomende voorwaarde dat ze hun verblijf in België ononderbroken voortzetten. Komt aan dat verblijf een eind, dan wordt nog slechts aangeknoopt bij het Belgische recht zolang geen stabiele verblijfsband is ontstaan met een andere Staat.

<sup>321</sup> Negen jaar in het totaal, ononderbroken verblijf van de leeftijd van 14 tot 18. Van een kind met biologische afstammingsband wordt bovendien vereist dat het ofwel in België is geboren, ofwel een ouder heeft die de Belgische nationaliteit heeft gehad bij of vóór de geboorte. Een geadopteerd kind heeft als bijkomende 'optie' dat zijn adoptiefouder Belg is op het ogenblik van de nationaliteitskeuze. Deze laatste hypothese geeft bij biologische afstamming recht op een nationaliteitsverklaring.

### **C.2.c.2. Een correctie door aandacht voor de rechtsgrond waarop de toegang tot vestiging steunt**

#### **- de vrouw die haar vestiging louter steunt op verlies van haar Belgische nationaliteit n.a.v. het huwelijk**

**125.** Zoals we de categorie van de vrouw die de Belgische nationaliteit verloren heeft door haar huwelijk of ingevolge het verwerven van een vreemde nationaliteit door haar echtgenoot<sup>331</sup>, niet kwalificeren als 'stabiele verblijfhouder', ook al geniet ze toegang tot vestiging op die grond, zo ook menen we aan haar effectieve vestiging dergelijke gevolgen te kunnen verbinden, voor zover de vestiging louter op die grond is gesteund. Zoals gesteld opteren we ervoor om het nationaliteitscriterium als dusdanig te verlaten en kan de genoemde kwaliteit op zich niet volstaan om tot een overwegende band met de Belgische rechtsorde te besluiten. Ook een wilsuiking, door effectieve aanvraag van een vestigingstitel, kan daar niets aan veranderen. We gaven reeds aan dat het oordeel inzake stabiel verblijf losgekoppeld moet worden van enig wilselement in hoofde van de vreemdeling. Slechts indien de vrouw aan één van de andere criteria voldoet, menen we te kunnen opteren voor een toepassing van Belgisch recht op haar personeel statuut. De bepalingen van het W.B.N. inzake herkrijging van de nationaliteit, die slechts een hoofdverblijf van twaalf maanden in België vereisen, zullen haar daarbij tegemoetkomen<sup>332</sup>.

**126.** De bepaling schendt o.i. trouwens het gelijkheidsbeginsel, ook al zou verlies van de nationaliteit door huwelijk zich enkel blijken voor te doen bij vrouwen. De bepaling had minstens geslachtsneutraal kunnen worden geformuleerd<sup>333</sup>.

#### **- de vestiging op grond van Unieburgerschap**

**127.** Art. 42 Vreemdelingenwet kent een recht op vestiging na aanvraag toe aan elke EER-onderdaan en aan de gezinsleden die hem in toepassing van art. 40 Vreemdelingenwet vervoegen, binnen een termijn van zes maanden na binnenkomst in België. Deze bepalingen vloeien voort uit het Unieburgerschap, het recht op vrij verkeer binnen de Europese Unie. We menen dat het onwenselijk is om aan dat recht, dat eerder is gericht op een flexibeler personenverkeer dan op een blijvende vestiging van EU-burgers in een andere lidstaat, gevolgen te koppelen die wél zijn gesteund op de idee van een stabiele

<sup>331</sup> De tweede categorie van art. 15, eerste lid, 1° Vreemdelingenwet.

<sup>332</sup> Art. 24 W.B.N.

<sup>333</sup> Cf. de herziening van art. 16 W.B.N. in 1993. Voorheen verwierf de echtgenote door het loutere feit van haar huwelijk met een Belg of door het loutere feit dat haar echtgenoot de Belgische nationaliteit verwierf door nationaliteitskeuze, automatisch de Belgische nationaliteit. Bij zijn naturalisatie kon ze hetzij een gezamenlijk naturalisatieverzoek indienen, hetzij binnen de zes maanden na de overschrijving ervan door nationaliteitskeuze Belg worden (oud art. 4 en 15 W.B.N.). Ze kon de automatische nationaliteitsverwerving binnen de zes maanden laten herroepen. De regeling is opgeheven onder impuls van Resolutie (77)12 van de Raad van Europa.

migratie. Ook toegang tot de vestiging als EER-onderdaan of gelijkgestelde kan daarom niet leiden tot het oordeel dat een aanknopingsrecht bij Belgisch recht inzake personeel statuut zich opdringt.

**128.** Het zou immers te ver gaan om te stellen dat de vreemdeling die een beroep doet op gezinshereniging in België, al dan niet n.a.v. een huwelijk<sup>334</sup>, louter door deze handeling aangeeft bereid te zijn om de meest intieme sferen die door het recht worden geregeld, aan de Belgische rechtsorde toe te vertrouwen. Het feit dat vele vreemdelingen alsnog naar het buitenland (land van oorsprong) trekken om hun familiezaken aan een buitenlandse rechter voor te leggen, getuigt dat dergelijke bereidheid alvast in de praktijk niet verondersteld mag worden. Bovendien is het recht op gezinshereniging gesteund op de bescherming van het gezinsleven door art. 8 E.V.R.M.

We menen dan ook dat dat recht niet impliciet kan worden gekoppeld aan een verplichte afstand van de oorspronkelijke rechtscultuur. Vanzelfsprekend is elke Staat vrij om te bepalen op welke gronden hij zijn aanknopingsregels steunt. Wil ons aanknopingsrecht evenwel verenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel, dan moet het volgens redelijke criteria zijn bepaald. Hanteren we als criterium de stabiliteit van de migratie, los van de wilshandelingen van de betrokkenen, dan kunnen we ons noch louter door negatieve wilshandelingen – bv. het niet aanvragen van de Belgische nationaliteit of van een vestigingstitel – noch louter door positieve wilshandelingen – bv. het aanvragen van gezinshereniging – laten leiden om al dan niet tot de bedoelde stabiliteit te besluiten.

Een bescherming van het gezinsleven mag niet resulteren in een verplichte heroriëntering van dat gezinsleven naar een Belgisch gezinsmodel.

**129.** We menen dat dergelijke optie tevens voorkómt dat tussen EER-onderdanen en derdelanders een verschil in behandeling inzake I.P.R. zou worden ingesteld, dat moeilijk gerechtvaardigd kan worden op grond van het criterium van de 'nauwste band'. Het oordeel of al dan niet sprake is van stabiel verblijf kan bezwaarlijk worden gesteund op een loutere verwijzing naar het land van herkomst van de betrokkene, en op de daarop gesteunde betere bescherming van de verblijfspositie. De snelle verkrijging van verblijfszekerheid werkt tot op vandaag, ook t.a.v. echtgenoten van Belgen, over het algemeen niet door op andere terreinen van het recht. In het nationaliteitsrecht blijkt dat duidelijk uit de verstrenging in 1993 van de mogelijkheid om op grond van huwelijk met een Belg gemakkelijk de Belgische nationaliteit te verwerven<sup>335</sup>. In het I.P.R. kan eenzelfde vaststelling worden gemaakt: er wordt vooralsnog bij de aanknopingsrecht niet systematisch rekening gehouden met het feit dat een rechtsonderhorige is gehuwd met een Belg<sup>336</sup>, of ruimer: sedert geruime tijd in België verblijft.

<sup>334</sup> Art. 21, 4° Vreemdelingenwet; art. 49, 69bis, 52, 54, 60 en 68 K.B. 8 oktober 1981, in samenlezing met art. 43 Vreemdelingenwet; art. 70 K.B. 8 oktober 1981 bevestigt dit nog eens voor familieleden van Luxemburgse en Nederlandse onderdanen.

<sup>335</sup> Cf. *supra*.

<sup>336</sup> I.t.t. de systematischere inroeping van de *Inlandsbeziehung* op die grond door de Franse en de Duitse rechter. Cf. *infra*, deel 4, o.m. rechtspraak inzake polygamie.

Bovendien getuigt ons verblijfsrecht met zijn korte samenwoonstcontrole en de eruit voortvloeiende snelle verwerving van een zelfstandige verblijfstitel<sup>337</sup> van een soepelheid die in geen enkele andere Europese rechtsorde zijn gelijke vindt<sup>338</sup>. Om die redenen moet o.i. in het I.P.R. de nodige eerbied aan de dag worden gelegd voor de band die de betrokkene mogelijk nog heeft met het recht in toepassing waarvan zijn familieverhoudingen tot nog toe zijn ontstaan.

**130.** Een *better-lawapproach* laat ook in deze hypothese o.i. toe om de betrokkene voorlopig rechtskeuze te laten tussen zijn *lex patriae*, de wet van de vorige stabiele verblijfsstaat en de Belgische wet.

Een keuze voor aanknoping bij de Belgische wet als *lex domicilii* geniet vandaag binnen de E.U. alvast op bepaalde terreinen (chtscheiding en nietigverklaring van huwelijken: Brussel II-Verordening) steun in het licht van de internationale beslissingsharmonie<sup>339</sup>. We vermoeden dat de E.U. zijn bevoegdheid inzake I.P.R. verder zal uitbouwen en op die manier het risico op hinkende rechtsposities nog meer zal inperken.

**131.** Wél kan een integratievermoeden worden afgeleid bij gezinshereniging bij een Belg in België. Dergelijke situatie kadert niet binnen de werkingssfeer van het E.U.-recht. De Belg maakt geen gebruik van zijn recht op vrij verkeer. De versoepelde regeling inzake gezinshereniging voor de partner van een Belg is een gunst van de verblijfswetgever geweest. Dit verschil in situatie rechtvaardigt o.i. een verschil in behandeling op grond van een mogelijk verschil in eigen bedoelingen en in maatschappelijke redelijke verwachtingen wat integratie betreft. We argumenteerden hierboven reeds<sup>340</sup> dat er voldoende reden is om van de echtgenoot van een Belg die in België komt wonen te verwachten dat hij zich op stabiele wijze in België integreert.

Het genoemde keuzerecht zou de betrokkene, zoals gezegd, dan ook best niet worden gelaten.

#### **- de vestiging op grond van art. 15, § 1, 2° Vreemdelingenwet: gezinshereniging voor derdelanders**

**132.** Art. 15, § 1, 2° Vreemdelingenwet bepaalt dat familieleden van gevestigde derdelanders tot de vestiging moeten worden gemachtigd. Derdelanders verkrijgen hun recht op vestiging op strengere verblijfsgronden dan E.E.R.-onderdanen<sup>341</sup>. We menen te mogen aannemen dat gezinshereniging met een

<sup>337</sup> Cf. *infra*, deel 2C, randnrs 214 e.v. (derde toegangspoort) en deel 3A, hoofdstuk 2, randnrs 392-427 (de toestemmingsvereiste voor het huwelijk).

<sup>338</sup> Hierover: S. D'HONDT, "Over schijn, zaken en schijnbare zaken. De geldigheid van het zakelijke huwelijk herafgewogen tegen de nietigheid van het schijnhuwelijk", *R.W.* 2001, 145-153.

<sup>339</sup> Cf. *supra*, randnrs 37 e.v.

<sup>340</sup> Cf. *supra*, randnrs 73 en 112-113.

<sup>341</sup> We hebben het in ons onderzoek systematisch over E.E.R.-onderdanen (onderdanen van een Verdragsstaat bij de Europese Economische Ruimte) als we vreemdelingen bedoelen die vrij verkeer van personen genieten. Dit voorrecht is niet voorbehouden aan onderdanen van een Lidstaat van de Europese Unie, maar werkt ruimer t.b.v. elke onderdaan van een Verdragsstaat

derdelander die in België is gevestigd, m.a.w. met een persoon die op stabiele wijze in België verblijft, als voldoende grondslag kan dienen om ook op het familielid Belgisch familierecht toe te passen.

**133.** Steunt een vreemdeling op zijn familieband om in toepassing van het Belgische gezinsherenigingsrecht zijn gezinsleven in België voort te zetten of in te richten, dan schijnt het ons redelijk toe om dat familieleven te beoordelen in toepassing van éénzelfde recht, met name het recht dat van toepassing is op het personeel statuut van de gezinshereniger, als dat de *lex domicilii* is. Opdat het familielid toegang zou krijgen tot het Rijk, heeft het zijn familieband laten beoordelen naar het recht dat op de rechtgevende van toepassing is. In dat opzicht vormt een verdere toepassing van dat recht op de gezinsrelatie slechts een voortzetting van de weg die hij zelf is ingeslagen.

**134.** Hierboven argumenteerden we dat t.a.v. E.E.R.-onderdanen best niet louter op grond van hun recht op vestiging integratiebereidheid wordt verondersteld. In het licht van het recht op vrij verkeer dient de betrokkenen de mogelijkheid te worden gelaten om te blijven aanknopen bij hun *lex patriae*. Ook t.a.v. familieleden die hen vervoegen zou m.a.w. de *lex patriae* voort kunnen worden toegepast.

Een verplichte aanknoping bij Belgisch recht zou o.i. een ongeoorloofde inbreuk betekenen op het recht op vrij verkeer. Het is denkbaar dat de EU-onderdaan beoogt om slechts tijdelijk in België te verblijven. Ook van zijn familielid dat zich beroept op gezinshereniging, mag daarom niet worden gevergd dat hij getuigt van integratiewil. Wél menen we dat stabiel verblijf en integratiewil kan worden aangenomen zodra is voldaan aan de vestigingsvoorwaarden die gelden voor een derdelander en zijn gezinsleden. Er moet ergens een grens worden getrokken. Vanaf een bepaald ogenblik moet ook van E.U.-onderdanen en hun familieleden kunnen worden vereist dat ze zich schikken naar Belgisch familierecht. Dergelijke gelijkstelling van het criterium voor derdelanders en E.U.-onderdanen heeft o.i. als voordeel dat het recht van vrij verkeer voor de E.U.-onderdaan een voorrecht is en dat er geen addertjes onder het gras zitten. Dit was bij de invoering van het recht op vrij verkeer de doelstelling en is dat nog steeds.

**135.** Die eenheid van aanknoping moet o.i. worden voortgezet, ook nadat de vreemdeling die de gezinshereniger vervoegd heeft, een zelfstandig recht op verblijf heeft verworven. De echtgenoot van een E.E.R.-onderdaan of van een derdelander die zelf een E.E.R.-onderdaan heeft vervoegd<sup>342</sup>, verwerft na uiterlijk

---

bij de Europese Economische Ruimte. Deze Verdragsstaten zijn de E.U.-lidstaten, Noorwegen, IJsland en Liechtenstein: Akkoord 2 mei 1992 betreffende de Europese Economische Ruimte; art. 40, § 3, 4, 5 en 6 (gelijkstelling van de echtgenoot van het familielid dat de EER-vreemdeling vervoegt met de E.E.R.-vreemdeling) j° art. 42 Vreemdelingenwet; art. 69bis K.B. 8 oktober 1981 (Vreemdelingenbesluit).

<sup>342</sup> Dit volgt uit art. 40, § 3, 4, 5 en 6 (de gelijkstelling van de echtgenoot van het familielid dat de EER-vreemdeling vervoegt met de EER-vreemdeling) j° art. 42 Vreemdelingenwet.

zes maanden verblijf een zelfstandig recht op verblijf. Reeds bij de binnenkomst kan hij een vestigingstitel aanvragen. Na positieve afloop van de samenwoonstcontrole wordt die toegekend<sup>343</sup>. Vervolgens staat noch een beëindiging van de samenwoonst, noch een echtscheiding een recht op voortgezet verblijf in de weg. Slechts een nietigverklaring van het huwelijk kan in principe tot een intrekking van het recht op verblijf aanleiding geven, mits de vernietigingsgrond aangeeft dat de betrokkene de openbare orde of de veiligheid van het land ernstig heeft geschaad<sup>344</sup>. We menen in dat opzicht dat een verlening door de burgerlijke rechter van het voordeel van een putatief huwelijk, inhoudt dat de Dienst Vreemdelingen zaken niet tot uitzetting kan overgaan<sup>345</sup>. Uit de aanname van goede trouw blijkt o.i. dat er geen reden is om te besluiten tot een ernstige schending van de openbare orde of de veiligheid van het land. Heeft de betrokkene daarentegen de vestiging niet aangevraagd, dan kan hij ook bij echtscheiding worden verwijderd, aangezien hij 'de aan zijn verblijf gestelde voorwaarden zoals die door de wet zijn vastgesteld, niet heeft nageleefd'<sup>346</sup> of beter: niet langer naleeft.

Zolang de betrokkene evenwel in België verblijft, zou ingevolge ons voorstel hetzelfde recht op hem worden toegepast als op de rechtgevende. Zolang die niet op stabiele wijze in België verblijft, is dat buitenlands recht. Zodra de rechtgevende een stabiele verblijfspositie verwerft, volgt zijn familielid hem daarin. Slechts als na verwerving van een zelfstandig verblijfsrecht het huwelijk wordt ontbonden of de afstamming wordt herzien en verval, zou de betrokkene, bij aanvankelijke aanknoping bij buitenlands recht, slechts de overgang naar het Belgische familierecht maken zodra hij persoonlijk voldoet aan één van de criteria om een stabiele verblijfspositie te verwerven. Daartoe worden de criteria voor derdelanders en niet die voor E.E.R.-onderdanen toegepast, omdat slechts deze niet interfereren met de doelstellingen van het recht op vrij verkeer.

**136.** Ook de derdelander die een derdelander vervoegt op grond van art. 10 Vreemdelingenwet, is gerechtigd op een machtiging tot vestiging als de gezinshereniger in België gevestigd is<sup>347</sup>. Binnen de vijf maanden na zijn aanvraag en ten vroegste vanaf de zevende maand na zijn inschrijving in het vreemdelingenregister krijgt de betrokkene een machtiging tot vestiging<sup>348</sup>. Ook hij geniet als gevestigde vreemdeling de hierboven aangehaalde bescherming tegen uitzetting. Ook hij moet worden beschouwd als een vreemdeling met stabiele verblijfspositie.

Vervoegt een derdelander evenwel in toepassing van art. 10 Vreemdelingenwet een niet-gevestigde vreemdeling, dan blijft zijn recht op verblijf gekoppeld aan de grondslag voor zijn verblijf, tot het ogenblik waarop hij tot vestiging wordt

<sup>343</sup> Art. 42 Vreemdelingenwet j° art. 45 e.v. K.B. van 8 oktober 1981.

<sup>344</sup> Art. 20, tweede lid Vreemdelingenwet. Meer hierover in de vierde toegangspoort.

<sup>345</sup> De Dienst Vreemdelingen zaken heeft ons bevestigd dat ze effectief het oordeel van de burgerlijke rechter laat doorwerken in het verblijfsrecht.

<sup>346</sup> Art. 20 eerste lid Vreemdelingenwet.

<sup>347</sup> Art. 15, eerste lid, 2° Vreemdelingenwet.

<sup>348</sup> Art. 29 j° 30 K.B. van 8 oktober 1981.

gemachtigd<sup>349</sup>. Zijn recht op verblijf kan worden ingetrokken n.a.v. een echtscheiding of een nietigverklaring van het huwelijk<sup>350</sup>. Hij geniet evenwel ten laatste na vijftien maanden verblijf binnen het kader van een huwelijk een zelfstandig recht op verblijf zolang het huwelijk voortbestaat, ook al is er geen samenwoning meer. De samenwoningcontrole loopt na die periode immers definitief af. Dat belet vanzelfsprekend niet dat het huwelijk alsnog kan worden nietigverklaard. Zolang dat niet gebeurt, is het verblijf evenwel gewaarborgd, behoudens bij ernstige schending van de openbare orde of de veiligheid van het land<sup>351</sup>.

**137.** Met deze beschrijving willen we aangeven dat bepaalde vreemdelingen die hun verblijf oorspronkelijk op familieleden hebben gesteund, ook na de feitelijke en/of juridische beëindiging van dat familieleden hun verblijf in België kunnen voortzetten. Vervolgens rijst de vraag of het is aangewezen om op deze vreemdelingen voort Belgisch familierecht toe te passen. De oorspronkelijke doelstelling daartoe, met name om de juridische eenheid binnen eenzelfde familie te bevorderen, is vervallen. Bepaalde vreemdelingen bevinden zich reeds zeven maanden na hun binnenkomst in die situatie. Nu ook de familiale band met een persoon die nauwe banden heeft met België is vervallen, rijst de vraag of inmiddels elementen zijn ontstaan op grond waarvan alsnog kan worden besloten tot een behoud van de aanknopingspunt bij Belgisch recht.

Zolang de familieband misschien wél feitelijk, maar niet juridisch is verbroken, lijkt het ons evident dat de familiale eenheid alvast juridisch behouden blijft. Ook indien een echtscheiding of een nietigverklaring van huwelijk met behoud van recht op verblijf is uitgesproken, menen we dat het eveneens aangewezen is om Belgisch recht te blijven toepassen op het personeel statuut van de betrokkene. Zijn oorspronkelijke familieleden zal immers in België verbroken zijn in toepassing van Belgisch recht, hetzij in toepassing van het beginsel van stabiel verblijf, hetzij in toepassing van de wet-Rolin. Ook de gevolgen van die verbreking worden naar Belgisch recht geregeld. De kinderen genieten bij nietigverklaring steeds het voordeel van putatief huwelijk en zien alvast alle rechtsgevolgen die in het verleden zijn ontstaan, gehandhaafd. Hun personeel statuut zal, in navolging van dat van de andere ouder, ongewijzigd blijven. Het belang van juridische familiale eenheid blijft m.a.w. bestaan in de verhouding ouder-kind. Rekenen we daarbij dat de betrokkene zijn verblijf in België voortzet, dan zijn er voldoende aanwijzingen om te besluiten dat er voldoende banden met de Belgische rechtsorde blijven bestaan. Ook als het koppel geen kinderen had, menen we dat ervoor geopteerd kan worden om, eens het recht op verblijf oorspronkelijk is gesteund op gezinshereniging en het verblijf op deze grond niet wordt herzien, ook na verzelfstandiging van het verblijfsrecht en/of na beëindiging van het gezinsleven, de oorspronkelijke verwachting van integratie te

<sup>349</sup> I.e. zodra de gezinshereniging gevestigd is (cf. *supra*) of na vijf jaar ononderbroken en regelmatig verblijf. Voor een systematischere uitwerking van het recht op vestiging en het recht op zelfstandig verblijf: derde toegangspoort.

<sup>350</sup> Art. 20, eerste lid Vreemdelingenwet.

<sup>351</sup> Art. 20, tweede lid Vreemdelingenwet.

laten voortbestaan zolang de betrokkene in België verblijft. Het feit dat hij of zij een nieuw familieleven aangaat, en dat de nieuwe partner op zijn of haar beurt een beroep doet op gezinshereniging, hoeft daaraan niet in de weg te staan<sup>352</sup>.

### **- de vestiging bij een Belg**

**138.** Vestigt een vreemdeling zich bij een Belg in het kader van gezinshereniging, dan menen we dat deze vestiging eveneens onmiddellijk verplichte toepassing van Belgisch familierecht met zich mee kan brengen. Ook als de Belgische partner kort voorheen, in toepassing van de bovenstaande criteria, stabiel verblijf heeft gehouden in een andere Staat, kunnen zijn terugkeer en de gezinshereniging met zijn partner in België o.i. volstaan om onmiddellijk aan te knopen bij de Belgische familiewet.

De vaststelling dat hierdoor echtgenoten van Belgen anders zouden worden behandeld dan echtgenoten van andere E.E.R.-onderdanen, die naar ons voorstel slechts Belgisch recht op hun personeel statuut toegepast zouden zien nadat hun effectieve band met de Belgische rechtsorde is vastgesteld a.h.v. één van de hogergenoemde verblijfsgerelateerde criteria, is o.i. onvermijdelijk. Aangezien we onze onderscheidingscriteria op het nationaliteitsrecht en het verblijfsrecht steunen, kunnen we ze – zoals we reeds uiteenzetten – niet toepassen op een Belg. Een nieuw criterium bepalen voor deze Belg, en bij verruiming voor zijn familieleden, doet het probleem rijzen van de criteria waarop dergelijke afweging moet gebeuren. Laten we de echtgenoot onder toepassing van zijn eigen recht tot hij persoonlijk een stabiele verblijfshouding heeft verworven, dan benadelen we hem t.a.v. echtgenoten van niet-Belgen die op grond van de snellere verwerving van een stabiele verblijfshouding door hun gezinshereniger, zelf eveneens sneller Belgisch familierecht op hun situatie toegepast zouden zien. De bedenking dat een familieband met een Belg integendeel als een element kan worden beschouwd dat integratie en stabiliteit van het verblijf bevordert, versterkt ons in deze overtuiging<sup>353</sup>. Om die reden besluiten we dat gezinshereniging bij een Belg een aanknopingspunt bij Belgisch recht rechtvaardigt. Deze oplossing dient de juridische eenheid binnen het gezin en biedt in het merendeel van de gevallen perspectief op een verblijf dat op termijn ook zelfstandig zou toelaten om tot een stabiele verblijfshouding te besluiten. Ook de stabiliteit van het personeel statuut wordt er m.a.w. het meest mee gediend.

**139.** Buiten de hypothese van gezinshereniging in België<sup>354</sup> wordt de

<sup>352</sup> Dit ondanks het cascadeverbod van art. 15 Vreemdelingenwet. In de derde toegangspoort staan we stil bij dit cascadeverbod en zijn mogelijke strijdigheid met art. 8 en 12 E.V.R.M.

<sup>353</sup> Weliswaar biedt het nationaliteitsrecht personen die gehuwd zijn met een Belg niet langer een voordeligere nationaliteitsverwerving. Tot vóór de wet van 1 maart 2000 was dat daarentegen wél nog het geval. De nivellering van het voordeel is o.i. een toevallig gevolg van de laatste wijziging van de wet. Er is niet bewust voor geopteerd.

<sup>354</sup> Het aandeel van de nationaliteitsgemengde huwelijken is sterk toegenomen tijdens de afgelopen tien jaar. Dit volgt uit de toegenomen integratie en uit de lage concentratie van vreemdelingen in België. De hierna volgende cijfers hebben we ontleend aan U.C.L. Faculté de droit, *Vers une codification du droit international privé belge*, Journée d'étude 18 avril 2001, 191-



beoordeling van de stabiele verblijfssituatie van de echtgenoot redelijkerwijze niet beïnvloed door de Belgische nationaliteit van zijn partner. Ook de Belg zelf zal, zoals we reeds aankondigden, zijn familierechtelijke situatie beoordeeld zien a.h.v. zijn verblijf. Verblijft hij gewoonlijk in België, dan zal dat volstaan om Belgisch recht op hem toe te passen. Verblijft hij op stabiele wijze in een andere Staat, dan zal worden verwezen naar het familierecht van die Staat.

#### **C.2.D. DE OMGANG MET BESTAANDE FAMILIEBANDEN NAAR BUITENLANDS RECHT OP HET OGENBLIK DAT TOT STABIELE MIGRATIE WORDT BESLOTEN**

**140.** Elke vreemdeling die in België verblijft, zal in toepassing van ons voorstel op een bepaald ogenblik zijn verblijfssituatie geherevalueerd zien van onstabiel naar stabiel. Op dat ogenblik is, behalve in het geval van een kind dat sinds zijn geboorte Belgisch recht op zich toegepast ziet en ononderbroken in België verblijft, onvermijdelijk reeds een reeks van familierelaties naar buitenlands recht ontstaan. Bij de nieuwe aanknopng, ongeacht of die plaatsvindt n.a.v. de eigen optie of n.a.v. een verplichte aanknopingsherziening na verwerving van een stabiele verblijfssituatie, moet daar rekening mee worden gehouden. Familieleven dat rechtsgeldig is ontstaan, ook naar onze eigen I.P.R.-normen, moet worden geëerbiedigd en indien mogelijk worden geassimileerd met of geadapteerd (aangepast) aan een Belgische rechtsfiguur<sup>355</sup>.

---

192. Terwijl het aantal huwelijken met haast een derde is gedaald, is het aantal gemengde huwelijken met een Belgische vrouw slechts licht gedaald (van 4.029 in 1990 naar 3.522 in 1999, zij het niet in een direct dalende lijn. Het aantal schommelde tussen 3.098 en 4.029 per jaar) en is het aantal gemengde huwelijken met een Belgische man zelfs gestegen (van 2839 in 1990 tot 3300 in 1999). De zuiver Belgische en zuiver vreemde huwelijken zijn allebei met ongeveer een derde afgenomen (resp. van 55.411 in 1990 naar 35.689 in 1999 en van 2.275 in 1990 naar 1660 in 1999). 80, 79 % van de huwelijken vindt plaats tussen Belgen, 7, 47% tussen een Belgische man en een buitenlandse vrouw, 7, 97% tussen een Belgische vrouw en vreemde man en 3, 75% tussen twee vreemdelingen. Een kleine helft van de gemengde huwelijken met een Belgische echtgenote wordt aangegaan door EU-onderdanen (17% door Italianen, 10% door Fransen). In 1990 betrof dat nog 58, 47%. De grote toename van nationaliteitsgemengde huwelijken is te wijten aan een verdubbeling van het aantal gemengde huwelijken met een Marokkaan (van 11, 60 naar 23, 65%). Het aantal nationaliteitsgemengde huwelijken met andere vreemdelingen blijft min of meer stabiel of neemt af.

De stijging van het aantal gemengde huwelijken met een Belgische man is eveneens voornamelijk te wijten aan de integratie van Marokkaanse onderdanen (van 7, 06 naar 12, 3% van de gemengde huwelijken). Slechts een vijfde van de gemengde huwelijken wordt met een Europese vrouw gesloten.

We kunnen concluderen dat vooral Marokkanen steeds meer gemengd huwen. Deze huwelijken geven naar schatting voor een derde aanleiding tot gezinshereniging. Zoals we reeds aangaven zijn geen sluitende cijfers inzake gezinshereniging beschikbaar. De meeste gemengd gehuwde Europeanen genieten evenwel verblijf op grond van het vrij verkeer. Slechts een minderheid zal niet voldoen aan de daartoe gestelde voorwaarden en een beroep moeten doen op gezinshereniging. Van de derdelanders schatten we dat een ruime helft reeds in België verbleef op het ogenblik van het huwelijk en dat de integratie aan de oorzaak ligt van het gemengde huwelijk. Het betreft naar schatting een 2300 vreemdelingen per jaar.

<sup>355</sup> Schenden de betreffende echtgenoot en/of kinderen de openbare orde of de veiligheid van het land, dan kunnen ze weliswaar worden teruggewezen (of uitgezet wanneer ze hier gevestigd zijn en de schending ernstig is) en zal de toepassing van de Belgische wet aanleiding kunnen geven tot hinkende rechtsposities. Het voorstel van aanknopng bij de domicilie houdt evenwel dezelfde risico's in, bovendien voor een groep van personen die proportioneel beschouwd een groter risico

**141.** Het risico op misbruik van dergelijke eerbied voor bestaand familieleven in het kader van gezinshereniging wordt op twee wijzen ingeperkt. Enerzijds zal a.h.v. onder meer de verblijfsduur van de gerechtigde op gezinshereniging worden nagegaan in hoeverre de door hem ingeroepen *bestaande* gezinsrelatie naar buitenlands recht nog daadwerkelijk wordt beleefd. Verblijft de gezinshereniger sinds drie jaar in België, of is die periode korter maar heeft hij op een andere wijze nauwe banden met de Belgische rechtsorde gevormd op grond waarvan tot de toepassing van Belgisch recht wordt besloten, dan zal een strengere houding worden aangenomen t.a.v. familiebanden die naar Belgisch recht niet bestaan, dan t.a.v. een gezinshereniger zonder stabiele verblijfsspositie. In een groot aantal gevallen zal de duur van de scheiding bovendien de aandacht richten op de vraag of nog van effectief gezinsleven kan worden gesproken.

Anderzijds wordt een duidelijke limiet gesteld betreffende het tijdstip tot wanneer familiebanden kunnen *ontstaan* naar buitenlands recht: zodra de betrokkene door onze rechtsorde als vreemdeling met stabiele verblijfsspositie wordt beschouwd, kan zijn nationale recht voor onze rechtsorde niet meer aan de basis liggen van een wijziging van zijn personeel statuut. Ook al kan hij in het land waarvan hij de nationaliteit heeft nog perfect huwen, uit de echt scheiden, verstoten, en op andere wijzen zijn gezinsbanden uitbreiden of inperken, al deze wijzen van gezinsvorming en –beëindiging zullen in België niet langer worden erkend, indien ze strijdig zijn met de voorwaarden die de Belgische regelgeving ter zake stelt.

**142.** Op die manier streven we ernaar voor nieuwkomers een optionele overgangsperiode in te bouwen waarin, indien ze dat zelf wensen, nog rekening wordt gehouden met hun nationale recht, tot het ogenblik waarop ze, naar de hogergenoemde criteria, als voldoende stabiel gemigreerd kunnen worden beschouwd. Ten laatste vanaf dat ogenblik is het in principe de bedoeling dat geen gezinsbanden meer ontstaan naar buitenlands recht. Bestaande buitenlandse gezinsbanden worden door analogiedenken geherkwalificeerd in een Belgische rechtsfiguur. Is dat niet mogelijk, dan wordt de familieband omgezet in de meest overeenstemmende Belgische familieband (*cf. infra* – de adaptatietechniek). Desgevallend wordt de vreemdeling de keuze gelaten tussen de minder of de meer verregaande variant naar Belgisch familierecht.

**143.** Ons voorstel sluit niet alle misbruik in hoofde van vreemdelingen uit. Zoals de huidige regeling, sluit ook ons aanknopingsvoorstel niet uit dat strategisch gedrag wordt aangewend, bv. doordat een *kafil*<sup>356</sup> die op stabiele wijze in België

---

vormen, rekening houdend met het sociologisch-criminologisch aanvaarde gegeven dat een lagere integratie en een tekort aan integratiemogelijkheden criminogeen werken. De groep zou immers ook vreemdelingen bevatten met een relatief kort verblijf.

<sup>356</sup> *Kafala* is een Noord-Afrikaanse pleegvorm die geen afstammingsband creëert, maar wél het ouderlijk gezag over het kind (*makfoul*) onvoorwaardelijk toebedeelt aan de pleegouder (*kafil*). Het instituut krijgt een licht verschillende invulling in de onderscheiden Noord-Afrikaanse rechtsstelsels. Naar Algerijns recht kan bv. de naam worden overgedragen. We menen dat de pleegvorm algemeen meer rechtsgevolgen ressorteert dan een pleegvorm naar Belgisch recht

is gemigreerd en het Belgische gezinsconcept op zich toegepast ziet, zijn *makfoul* alsnog de kans geeft om hem te vervoegen, door de *kafala*-akte op naam te zetten van zijn echtgenote in het land van herkomst, gezinshereniging aan te vragen op naam van de echtgenote, en haar vervolgens het kind te laten meebrengen... Dergelijk misbruik kan nooit volledig worden uitgesloten, evenzeer als naar intern Belgisch recht schijnadopties en schijnerkenningen moeilijk kunnen worden voorkomen. Slechts een vernietiging van de rechtshandeling of een weigering om de buitenlandse rechthandeling te erkennen wegens bedrog, kan o.i. de gezinshereniging in de weg staan.

### C.2.E. DE BILATERALISERING VAN HET VOORSTEL

**144.** We gaven reeds aan dat o.i. ook op Belgen in het buitenland een toets van de stabiele verblijfspositie moet worden toegepast. Dit kadert in de opvatting dat elke I.P.R.-situatie die het ontstaan van gezinsleven betreft en waar de Belgische rechter mee wordt geconfronteerd a.h.v. dit criterium zou moeten worden beoordeeld<sup>357</sup>. Ook de confrontatie met een situatie die vreemdelingen in het buitenland betreft, past hieronder. We wensen niet langer stil te staan bij ons voorstel tot bilateralisering, in de eerste plaats omdat ons verdere onderzoek zich beperkt tot de rechtssituatie van vreemdelingen die in België verblijven, in de tweede plaats omdat we beseffen dat de sterkte van het voorstel voornamelijk is gelegen in de toepassing ervan op vreemdelingen<sup>358</sup>.

**145.** Wél is het aangewezen om stil te staan bij de fase die stabiel verblijf in België voorafgaat. Zolang een vreemdeling niet op stabiele wijze in België verblijft, kan hij ervoor opteren dat geen Belgisch recht op zijn personeel statuut wordt toegepast. De vraag is vervolgens wat verkieslijk is: een toepassing van zijn nationale wet of een toepassing van het recht van de Staat waar hij voorheen op stabiele wijze heeft verbleven. Niet steeds zal een aanknoping in de laatste zin mogelijk zijn. In geval van meerdere kort op elkaar volgende migraties heeft de betrokkene mogelijk sinds lange tijd geen stabiele verblijfplaats gehad. Is dat wél het geval, dan is het nóg ten zeerste de vraag of de Belgische rechter steeds zonder nuance kan beslissen om dat recht op de betrokkene toe te passen, nu deze niet langer in de betrokken Staat verblijft. De toelating van rechtskeuze tussen de Belgische wet, de nationale wet en het recht van een vroegere stabiele Verblijfsstaat zou kunnen worden overwogen indien de betrokkene sinds geruime tijd in geen enkele Staat stabiel verblijf heeft genoten. Een Resolutie van de Raad van Europa geeft evenwel te kennen dat met het oog op de stabiliteit van

---

die geen adoptie is, meer zelfs dan de pleegvoogdij (die loopt ten einde op 18 jaar). Via de mogelijkheid van testamentaire begunstiging tot een derde van de nalatenschap wordt het gebrek aan erfrechtelijke gevolgen grotendeels gecompenseerd. Ook al ontstaat geen afstammingsband, de ouder-kindrelatie loopt in de praktijk zo goed als gelijk met een afstammingsrelatie.

<sup>357</sup> Deze optie van bilateralisering figureert eveneens in het voorliggende ontwerp van I.P.R.-codex: advies nr. 29.210/2 van de Raad van State, 140: "de ontwerpers willen de traditie van multilaterale verwijzingsregel handhaven".

<sup>358</sup> Niettemin herinneren we aan onze motivering om het voorstel en de hantering van op Belgisch recht geïnspireerde integratiecriteria ook door te trekken naar situaties waar de band met de Belgische rechtsorde zwak is.

de aanknoping een behoud van de vroegere aanknoping kan worden voorgestaan tot een nieuwe aanknoping op grond van langdurig verblijf is aangewezen<sup>359</sup>. Vandaag geldt in zekere zin hetzelfde bij de nationaliteitsaanknoping. Ook die staat los van de vraag of de betrokkene nog daadwerkelijk banden heeft met de Staat waarvan hij de nationaliteit heeft.

**146.** Deze bedenkingen laten zowel de optie toe om te blijven aanknopen bij het recht van de Staat waar de betrokkene het laatst, hoe lang ook geleden, een stabiele verblijfsspositie heeft gehad, als de optie om de betrokkenen de genoemde beperkte rechtskeuze voor niet-stabiele verblijfhouders te laten, ook al zijn de banden met één van de betrokken rechtsordes inmiddels volledig vervallen.

We opteren er in het licht van de stabiliteit van de aanknoping evenwel voor om geen rechtskeuze toe te laten als de betrokkene voorafgaandelijk aan zijn verblijf in België zijn personeel statuut geregeld zag in toepassing van één van de bedoelde wetten. We menen dat de banden met de Belgische rechtsorde vooralsnog niet voldoende sterk zijn, opdat die zouden toelaten om van de vroegere aanknoping af te wijken, terwijl uit ons aanknopingsvoorstel blijkt dat de vroegere aanknopingsregeling voldoende pertinent is om in afwachting van stabiel verblijf in België te blijven toepassen.

#### **C.2.F. BESLUIT**

**147.** Samengevat wordt voor dit onderzoek het onderscheid gemaakt tussen vreemdelingen mét en vreemdelingen zonder stabiel verblijf in België. Het beslissingscriterium steunt op hetzij de gezinshereniging met een vreemdeling met stabiele verblijfsspositie of met een Belg, hetzij enkele criteria van het nationaliteitsrecht. Deze ruime aandacht voor het W.B.N. is niet in tegenspraak met de hoger geformuleerde doelstelling om de inburgering, waaronder de assimilatie van het Belgische familierecht kan worden gerekend, los te koppelen van het nationaliteitsbeginsel. Zoals we reeds aangaven, hanteren we immers enkel de 'integratiecriteria' die in dat nationaliteitsrecht figureren, en niet het al dan niet bezitten van de nationaliteit als dusdanig als beoordelingsfactor.

**148.** Voor de groep van vreemdelingen mét stabiel verblijf in België wordt nagegaan of het gelijkheidsbeginsel niet beter gediend is met een toepassing van Belgisch recht. Daarbij hebben we oog voor de vraag welke plaats moet worden gegeven aan bestaande familierechtelijke verhoudingen naar buitenlands recht, die naar buitenlands recht<sup>360</sup> zijn ontstaan alvorens de vreemdeling naar Belgisch recht als stabiel geïmmigreerd werd beschouwd. Leent de familieband

<sup>359</sup> Raad van Europa, "Résolution (72)1 du comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à l'unification des concepts juridiques de 'domicile' et de 'résidence' van 18 januari 1972, *weergeg. in R.C.D.I.P.* 1973, 846.

<sup>360</sup> Het nationale recht van de betrokkene, het recht van zijn vroegere verblijfplaats of een andere rechtsorde, al naargelang van de I.P.R.-aanknopingsregel die wordt gehanteerd binnen de rechtsorde van de Staat waar de rechtsverhouding is ontstaan of verder is ontwikkeld.

zich tot een herbenoeming in een Belgische rechtsfiguur waarmee voldoende analogie bestaat? Moeten desnoods gerechtelijke stappen worden gezet om de figuur te herkwalificeren of om te zetten in een Belgische rechtsfiguur die voldoende gelijkenissen vertoont? Deze vraag is niet alleen van belang voor het familierecht, maar tevens voor het gezinsherenigingsrecht: staat de afstamming bv. slechts vast naar buitenlands recht, dan moet die in aanmerking worden genomen als de vaststelling dateert van een ogenblik dat voorafgaat aan de datum waarop de vreemdeling zijn gestabiliseerde migratie bekwam. Werd de vreemdeling op dat ogenblik reeds naar de normen van ons recht als stabiele verblijfhouder beschouwd, dan wordt een wijziging in zijn gezinsrelaties in het buitenland in toepassing van buitenlands recht in beginsel niet erkend naar Belgisch recht<sup>361</sup>, tenzij ons recht geen problemen heeft met de betreffende wijze van gezinsvorming of –beëindiging<sup>362</sup>.

**149.** Vreemdelingen zonder stabiele migratie wordt een eenmalige keuze (eigenlijk keuzeplicht) gelaten tussen een aanknoping bij de Belgische wet als domiciliewet, bij hun nationale wet of bij de wet van de Staat waar ze voorheen stabiel verblijf hielden. Werd voorheen reeds aangeknoopt bij één van de genoemde wetten, dan wordt deze aanknoping voortgezet met het oog op beslissingsharmonie. Werd voorheen bij een andere wet aangeknoopt, dan opteren ze tussen de drie genoemde wetten, tot ze door ons recht als stabiel gemigreerd worden beschouwd. Vanaf dan wordt de bovengenoemde regeling, een aanknoping bij Belgisch recht, verplicht op hen toegepast.

**150.** We wensen dit voorstel evenwel aan te vullen met een correctie. Bepaalde buitenlandse grondvereisten om te huwen zijn o.i. enerzijds weliswaar verenigbaar met de BIPOO, maar anderzijds te weinig gewichtig om de

<sup>361</sup> Deze visie gaat evenwel in tegen de *favor recognitionis*, die wordt gehanteerd door de meerderheid van de ons bekende rechtspraak en door sommige rechtsleer, bv. P.M.M. MOSTERMANS, *Echtscheiding*, Deventer, Kluwer, 1999, 79-80 m.b.t. de *favor divortii* t.a.v. bipatride verstotende mannen. Ook kan worden gesteld dat een stelselmatige weigering om verstotingen te erkennen t.a.v. bipatriden, afwijkt van de *favor divortii* die steeds meer naar voren treedt in I.P.R.-rechtspraak én in interne rechtspraak (voor dat laatste: zie bv. de versoepeling van de voorwaarden tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, de overweging om een schuldloze echtscheiding in te stellen). Anderzijds blijkt uit het voorliggende I.P.R.-codificatieproject dat verstoting pas zou worden erkend als beide echtgenoten minstens bij de homologatie ervan hun gewone verblijfplaats hadden in de Staat waar de akte werd gehomologeerd: M.C. FOLETS (1998), 277.

<sup>362</sup> O.m. Cass. fr. 17 mei 1993, *R.C.D.I.P.* 1993, 684, noot P. COURBE: weigering om een verstoting in Marokko door een genaturaliseerde Marokkaan te erkennen; Rb. Brussel 15 maart 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 376: "attendu qu'en l'espèce il faut admettre que l'éventuelle fraude à la loi ne pourrait porter sur le principe même de l'acceptation du divorce par consentement mutuel; qu'en effet, compte tenu des éléments d'extranéité de l'espèce, la partie demanderesse aurait pu obtenir un divorce par consentement mutuel en Belgique, mais en respectant, alors, les règles de procédure de droit belge"; Luik 16 november 1993, *Rev. dr. étr.* 1991, 220, noot M.C. FOLETS: het voordeel van putatief huwelijk werd verleend op grond van o.m. de vaststelling dat de partijen naar Belgisch recht een geldig huwelijk hadden kunnen sluiten, i.t.t. het vernietigde consulaire huwelijk. Niet iedere auteur is hier evenwel voor te vinden: fraude getuigt van kwade trouw en moet niet worden vergoelikt: H. MUIR WATT, noot onder T.G.I. Paris 10 mei 1990, *R.C.D.I.P.* 1991, 392-400.

geldigheid van een reeds aangegaan huwelijk in het gedrang te brengen. Dit oordeel zullen we vnl. formuleren t.a.v. buitenlandse grondvereisten waarvoor vele rechters vandaag reeds een ontsnappingstechniek toepassen, m.n. de techniek van de wegkwalificering. Een voorbeeld vormt de grondvereiste om te huwen met vertegenwoordiging<sup>363</sup>.

We gaven reeds aan dat de genoemde techniek niet op onze steun kan rekenen. We verkiezen dan ook om in dergelijke gevallen niet te ontkennen dat het grondvereisten betreft, maar er uit billijkheidsoverwegingen slechts de waarde van een verbiedend beletsel aan te verlenen. Ook deze techniek is niet rimpelloos, aangezien de beoordeling van een huwelijksvoorwaarde in beginsel gebeurt in toepassing van de wet die ze instelt. Slechts als de B.I.P.O.O. zich tegen de toepassing van die concrete regeling verzet, kan een beroep worden gedaan op de *lex fori* of op een *ad hoc*-oplossing die steunt op een algemeen rechtsbeginsel. Niettemin menen we dat het inroepen van billijkheidsoverwegingen de voorkeur verdient boven een falsificeren van de kwalificatietechniek.

**151.** Ons voorstel onderscheidt zich tevens van de techniek van de wegkwalificering, aangezien in toepassing van die techniek voor de erkenning van een huwelijk dat is aangegaan in de betreffende buitenlandse rechtsorde alsnog zou worden vereist dat de voorwaarde is vervuld.

**152.** Tot slot zetten we op een rijtje welke vreemdelingen we voor dit onderzoek als vreemdelingen met gestabiliseerd verblijf in België beschouwen.

**153.** Een eerste criterium wordt afgeleid uit de regeling inzake nationaliteitstoekenning t.a.v. minderjarigen en heeft geleid tot de formulering van een 'kind volgt ouder'-regel. Voor een minderjarige wordt aangeknoopt bij het recht dat van toepassing is op de ouder bij wie hij verblijft, met een voorkeur voor de ouder met stabiele verblijfspositie in het land van verblijf. Een uitzondering wordt gemaakt voor de derdegeneratiemigrant die sinds zijn geboorte hoofdverblijf heeft in het land van geboorte en van wie een ouder er eveneens hoofdverblijf heeft gehad gedurende minstens vijf jaar van de tien jaar die aan de geboorte resp. adoptie voorafgingen, en voor de tweedegeneratiemigrant die sinds zijn geboorte hoofdverblijf heeft in het land van geboorte en van wie een ouder gedurende tien jaar tussen zijn geboorte en zijn twaalfde verjaardag onafgebroken hoofdverblijf in België heeft gehad. Beiden zien het recht van hun geboorteland België op zich toegepast, zolang ze er verblijven.

**154.** T.a.v. meerderjarigen stellen we meerdere criteria voor, die we eveneens steunen op het nationaliteitsrecht. Ze worden afgeleid uit enkele regelingen inzake de nationaliteitsverklaring en –keuze en uit de naturalisatieregeling. Na drie jaar wettig verblijf kan elke vreemdeling om de gunst van een naturalisatie

<sup>363</sup> Cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 2, randnrs 55-61, 136-172.

verzoeken<sup>364</sup>. Uit het huidige nationaliteitsrecht, waarbij de gunst van naturalisatie is verworven tot een *quasi*-recht, leiden we op die manier af dat eenieder die drie jaar verblijf houdt in België een stabiele verblijfspositie heeft<sup>365</sup>. I.t.t. de onduidelijkheid die de nationaliteitswet ter zake heeft ingesteld<sup>366</sup>, stellen we daarbij legaal verblijf als criterium voorop. Een ononderbroken verblijf van twaalf maand kan evenwel reeds volstaan om Belgisch recht op een persoon toe te passen, mits hij voor de periode die de leeftijd van 22 jaar voorafging, een zeker verblijfsrechtelijk verleden kan voorleggen<sup>367</sup> en hetzij één van zijn ouders bij zijn geboorte of tussen 18 en 22 jaar de Belgische nationaliteit heeft gehad, hetzij hij minstens één jaar vóór de leeftijd van zes jaar in België heeft verbleven met zijn wettelijke vertegenwoordiger. Voor al deze categorieën geldt als bijkomende voorwaarde dat ze hun verblijf in België ononderbroken voortzetten. Komt aan dat verblijf een eind, dan wordt nog slechts aangeknoopt bij Belgisch recht zolang geen stabiele verblijfsband is ontstaan met een andere Staat.

Is de betrokkene in het buitenland geboren uit een ouder die op het tijdstip van de beoordeling de Belgische nationaliteit bezit, dan volstaat het gegeven dat hij alvast aanspraak heeft gemaakt op een machtiging tot verblijf voor onbepaalde duur.

**155.** Een tweede hoofdcriterium halen we uit de regeling inzake vestiging: elke vreemdeling die zich in het kader van gezinshereniging bij een Belg komt voegen of bij een vreemdeling (derdelander of E.E.R.-onderdaan) die op stabiele wijze in België verblijft, wordt voor zijn personeel statuut onderworpen aan Belgisch recht, rekening houdend met bestaand familieleven dat naar buitenlands recht is ontstaan.

Voor E.E.R.-vreemdelingen en hun familieleden zouden dezelfde beoordelingscriteria gelden, in het licht van het beginsel van vrij verkeer en het hierboven aangehaalde belang om aan het recht op onmiddellijke vestiging niet de verwachting te koppelen dat de E.E.R.-onderdaan zich definitief wenst te vestigen (*cf. supra*). Pas als de E.E.R.-onderdaan tevens één van de voorwaarden vervult die gelden opdat een dergelander zich in België zou kunnen vestigen, kunnen dergelijke verwachtingen o.i. gerechtvaardigd zijn. Daarom

<sup>364</sup> We verwijzen naar onze eerdere opmerking dat mogelijk slechts verblijf van onbepaalde duur wordt aangenomen.

<sup>365</sup> Met deze soepele naturalisatievoorwaarde verliezen meerdere strengere voorwaarden uit de voorgaande bepalingen in het W.B.N. (bv. het verblijf van zeven jaar om een nationaliteitsverklaring af te leggen) hun relevantie voor ons onderzoek. We behandelen ze dan ook niet langer in deze context. De systematische verstrekking door de Dienst Vreemdelingenzaken van een vestigingstitel na drie jaar verblijf, ter compensatie van het feit dat de nationaliteit voortaan vanaf dat ogenblik reeds verleend kan worden (M.C. FOLETS, "Een nieuw nationaliteitsrecht? Enkele besluiten", in M.C. FOLETS, R. FOQUE en M. VERWILGHEN (2002), randnr. 68), sluit hier mooi bij aan.

<sup>366</sup> Enkel met betrekking tot de procedure van nationaliteitsverklaring (artikel 12bis W.B.N.) werd uitdrukkelijk gesteld dat een onwettig verblijf niet in aanmerking kan worden genomen. Bovendien is in geen enkele wettelijke bepaling duidelijk invulling gegeven aan de notie. Het is dus ten eerste de vraag of deze interpretaties afdwingbaar zijn: in deze zin: B. RENAULD, *l.c.*, 125 en 128.

<sup>367</sup> Negen jaar in het totaal, ononderbroken verblijf van de leeftijd van 14 tot 18.

zouden naar ons voorstel de criteria van art. 15 Vreemdelingenwet (met uitsluiting van het eerste lid, 1°) voor de aanknopings zonder onderscheid op elke vreemdeling worden toegepast.

**156.** Ook een Belg zal zijn familierechtelijke situatie zien beoordeeld a.h.v. zijn verblijf. Verblijft hij gewoonlijk in België, dan zal dat volstaan om Belgisch recht op hem toe te passen. Verblijft hij op stabiele wijze in een andere Staat, dan zal verwezen worden naar het familierecht van die Staat.

**157.** Steeds wordt rekening gehouden met gezinsverbanden die naar buitenlands recht zijn ontstaan of beëindigd alvorens de betrokkene stabiel verblijfhouder in België werd.

**158.** Vanzelfsprekend zouden we kunnen opteren voor een eenvoudiger onderscheidingscriterium. De voorstellen voor een gemeentelijk migrantenstemrecht verwijzen bv. zonder verder onderscheid naar een wettig ononderbroken verblijf van drie of vijf jaar. Het voorliggende voorstel van I.P.R.-codex vernoemt vijf jaar verblijf als voorbeeld van gewoonlijk verblijf.

We zouden ons criterium eveneens kunnen beperken tot de verblijfsbepalingen die geen rechtstreeks verband houden met de nationaliteit, vanuit de opvatting dat het W.B.N. o.i. geen aangepaste criteria hanteert (*cf. supra*) en o.i. tevens in zijn werkingssfeer best beperkt zou kunnen worden tot culturele identiteitswijzer en niet tot juridische determinant.

In dat geval zouden slechts art. 15, eerste lid, 2° Vreemdelingenwet (gezinshereniging bij een gevestigde derdelander) en art. 15, laatste lid Vreemdelingenwet (vijf jaar regelmatig en ononderbroken verblijf) als integratiecriteria gelden, zoals gezegd zonder onderscheid op grond van nationaliteit, zowel wat betreft de eigen nationaliteit als de nationaliteit van de persoon die men vervoegt.

Dergelijk eenduidig criterium is vanzelfsprekend eenvoudiger. We achten het evenwel nuttig om te wijzen op de nuances die mogelijkerwijze gemaakt kunnen worden, en o.i. gerechtvaardigd worden door gegevens als een nauwe familiale band met België, die reeds vroeger dan na drie jaar (vereiste verblijfsduur voor naturalisatie) de verwachting van een voldoende 'integratie' en identificatie met het Belgische recht schept.

**159.** De keuze die we maken is ingegeven door de doelstelling om zo nauw mogelijk aan te sluiten bij het gelijkheidsbeginsel. Pragmatische overwegingen kunnen evenwel tot de genoemde eenvoudigere opdeling doen besluiten. We blijven doorheen het onderzoek onze keuze steunen, maar geven hier reeds duidelijk aan dat de precieze invulling van de notie 'stabiele verblijfssituatie' voor nuanceren vatbaar is, en niet allesbepalend is voor het verdere onderzoek. Ook al kan over de notie 'nauwste band' discussie bestaan, we zullen er systematisch aandacht voor hebben om zo goed mogelijk de ruwe grenzen van het



onderscheid uit te tekenen.

**160.** We gaan er bij ons onderzoek vanuit dat van migranten met een stabiele verblijfspositie minder gemakkelijk kan worden aanvaard dat zij nog een beroep doen op buitenlandse rechtsfiguren. Wil een vreemdeling die hier voldoende is geïntegreerd een kind in zijn gezin opnemen, dan zal hij bv. geen beroep meer kunnen doen op de *kafala*, maar zal hij gebruik moeten maken van de adoptieprocedure of pleegouder moeten worden. Daarbij zal mogelijk de vraag worden opgeworpen of we zulks van de vreemdeling kunnen eisen, met het oog op de vereiste eerbied voor zijn cultuur en religie. M.i. kunnen we dat: houdt de vreemdeling vast aan een mogelijk religieus verbod om te adopteren, dan heeft hij nog steeds de optie van het pleegouderschap of de pleegvoogdij. Voldoet hij niet aan de voorwaarden om te worden aangesteld als pleegvoogd, dan heeft hij als pleegouder weliswaar minder rechten dan een *kafil*. Daarmee is o.i. niettemin het beste compromis gevonden<sup>368</sup>.

Hebben we het daarentegen over nieuwe migranten, dan rijst de vraag naar de erkenning van gezinspatronen die in het buitenland naar buitenlands recht zijn ontstaan. We worden geconfronteerd met een bestaande gezinsverhouding. Deze moeten we familierechtelijk erkennen, tenzij argumenten van openbare orde of een schending van het gelijkheidsbeginsel kunnen worden tegengeworpen. Of de erkenning ook moet worden doorgetrokken naar het gezinsherenigingsrecht, is een andere vraag, die we niet kunnen loskoppelen van pragmatische, verblijfspolitieke en economische overwegingen.

**161.** Een versterkte rechtspositie voor toegelaten vreemdelingen zou niet alleen hun integratie bevorderen, maar zou zich tevens 'als voorwaarde bij uitstek kunnen opdringen voor de realisering van effectieve gelijkheid van kansen in onze samenleving'<sup>369</sup>. De integrationistische visie wint in heel Europa het pleit. Enerzijds worden inspanningen gedaan opdat het materiële gelijkheidsbeginsel het formele gelijkheidsbeginsel zou bijschaven, anderzijds moet de eigen culturele identiteit op waarde geschat blijven. Het komt erop neer juridische kaders uit te werken die verschillen tussen mensen en groepen *insluiten*, in plaats van ze te ontkennen. De huidige 'frictie tussen gelijkheid en verscheidenheid' vindt één van zijn oorzaken in de botsing tussen twee verschillende benaderingen van gelijkheid en discriminatie: een abstracte en een contextuele benadering<sup>370</sup>. De eerste leidt tot een veronachtzamen van de pluraliteit die feitelijk bestaat. Bij de tweede benadering staat de aandacht voor de verscheidenheid de creatie van neutrale en abstracte categorieën in de weg.

Het vinden van een benadering die de gebreken van de beide bovengenoemde

<sup>368</sup> We gaan in dit onderzoek evenwel niet nader in op de gezinsvorming tussen volwassenen en kinderen. We menen dat ons voorstel kan worden verruimd tot deze wijzen van gezinsvorming, maar beperken ons tot de bespreking van partnerrelaties.

<sup>369</sup> M.-CL. FOGLETS, "Recht en migranten, fricties tussen gelijkheid en verscheidenheid", in K. DEFYTER, M.-CL. FOGLETS en B. HUBEAU (1995), 3-35.

<sup>370</sup> M.-CL. FOGLETS, *l.c.*

benaderingen overstijgt, vergt sociaal-wetenschappelijk onderzoek. We pretenderen, bij gebrek aan deze achtergrond, dan ook niet dat de wijze waarop we voorstellen om om te gaan met bepaalde buitenlandse rechtsfiguren, feilloos is. Dergelijke kwaliteit is vermoedelijk weinigen gegeven, aangezien elke benadering onvermijdelijk door tijd- en plaatsfactoren wordt achterhaald. Cultuureigenschappen zijn niet steeds terug te brengen tot intrinsieke elementen van een bepaalde rechtscultuur, maar zijn vaak een vertaling van de leefsituatie waarbinnen individuen en groepen deze culturele elementen activeren<sup>371</sup>. De gedragingen moeten m.a.w. steeds in hun feitelijke context worden geplaatst. En dat is doorgaans een context van juridisch pluralisme en van de al dan niet geslaagde graad van acculturatie aan de rechtswaarden van de meerderheidssamenleving<sup>372</sup>. Deze vragen naar de rol van intern rechtspluralisme zijn afzonderlijke onderzoeksvragen en kunnen onmogelijk mee het voorwerp van deze studie vormen.

Hetzelfde geldt voor de vraag naar de universaliseerbaarheid van mensenrechten<sup>373</sup>. In welke mate vormen bepaalde gebruiken, bv. het gebruik

<sup>371</sup> M.-CL. FOBLETS, *l.c.*; E. RUDE-ANTOINE, *Le mariage maghrébin en France*, Paris, Karthala, 1990; S. FAINZANG en O. JOURNET, *La femme de mon mari. Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France*, Paris, L'Harmattan, 1988.

<sup>372</sup> Dit gegeven heeft ernstige consequenties, denken we maar aan de kwalificatie van bepaalde gedragingen. Wanneer de handelingen van vreemdelingen soms nog moeilijk onder te brengen zijn bij een bepaalde cultuur, de Westerse dan wel de cultuur die ze overerfden van de vorige generaties, wordt de klassificatie van handelingen als 'religieus' dan wel als '(louter) ingebed in een eigen overtuiging', bemoeilijkt. VAN DIJK en VAN HOOFF (1998), 542, stellen dat de vrijheid om te handelen in overeenstemming met zijn overtuiging slechts wordt gewaarborgd door art. 9 E.V.R.M. wanneer de handeling op objectieve wijze mag worden beschouwd als een veruitwending van religie of geloof. Wanneer dat niet het geval is en de betrokkene objectief beschouwd louter handelt vanuit zijn subjectieve overtuiging, dan valt die handeling, zo stellen zij, niet onder de bescherming van art. 9 E.V.R.M. De vraag rijst echter wie objectief kan oordelen of een bepaalde handeling al dan niet als een religieus handelen kan worden beschouwd. Deze beoordeling is op zich reeds moeilijk, aangezien de beoordelaar ook uitspraak zal moeten doen over religies die hem niet vertrouwd zijn. Is religie bovendien niet onlosmakelijk verbonden met persoonlijke expressies die voor de betrokkene een diepreligieuze waarde hebben, ook al behoren ze strikt genomen niet tot de godsdienstvoorschriften? Daarnaast is een beoordeling vanuit de cultuur evenmin eenvoudig, aangezien onder migranten reeds sprake zou zijn van subculturen, met als basis de Arabische cultuur, maar waarbij de ene al meer dan de andere is doordrongen van de westerse cultuur of is getransformeerd als een reactie tegen die Westerse cultuur: o.m. M. C. FOBLETS, "Recht en migranten, fricties tussen gelijkheid en verscheidenheid", in K. DEFUYTER, M.-CL. FOBLETS en B. HUBEAU (1995), 27-30; V. VAN DEN EECKHOUT, "Thuisbrengen van een op drift geraakte rechtsverhouding. Buitenlandse rechtswaarden in het personen- en familierecht", in M.-CL. FOBLETS, B. HUBEAU en S. PARMENTIER, *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht*, Leuven, Acco, 1997, 177, wijst op verwante vragen als die naar de verenigbaarheid van de centrale rol die religie in een aantal rechtssstelsels nog toebedeeld krijgt met de laïcisering van de Belgische staat.

<sup>373</sup> Zie o.m. R. COHEN-JONATHAN, "Universalité et singularité des droits de l'homme", *Rev. trim. D.H.* 2003, 3-13; M. DELMAS-MARTY, "De la juste dénomination des droits de l'homme", *Dr. et cult.* 1998, 105-116; J. DE LUCAS, "Droits universels, égalité et pluralisme culturel (à propos des droits de minorités culturelles)", *R.I.E.J.* 1994, 1-36; F. FLEERACKERS, "Mensenrechten en menselijk leven: een rechtsantropologisch en rechtsfilosofisch onderzoek tussen rechtstheorie en rechtspraktijk", in S. PARMENTIER, *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 289-304; C. FLINTERMAN, "De universaliteit van mensenrechten", in T. VAN

van de bruidsprijs, het gearrangeerde huwelijk, ook in de instellende rechtsordes een inbreuk op de waardigheid van de vrouw? Deze en vele andere vragen zullen in deze studie wél aan bod komen. We benaderen ze evenwel functioneel, met de loutere doelstelling om voor het hier (België) en nu (*anno* 2003) inzake gezinsvorming te zoeken naar billijke criteria om om te gaan met buitenlandse gezinsvormen en ze een plaats te geven binnen onze rechtsorde. Daarbij trachten we steeds te oordelen vanuit twee standpunten, dat van de vreemdeling en dat van onze samenleving, en wegen we die af aan de notie van de billijkheid, van de 'redelijke verwachting'.

**162.** Met ons voorstel trachten we de voordelen te bundelen die voorheen reeds aan een algemeen domiciliebeginsel zijn toegeschreven – waaronder meer rechtszekerheid, meer eenvormigheid in het recht dat van toepassing is op de onderscheiden deelaspecten van familierechtelijke verhoudingen<sup>374</sup> –, terwijl we de belangrijkste nadelen, zoals hinkende rechtsposities<sup>375</sup> en bezwaren tegen een reflexieve (bilaterale) toepassing van de voorgestelde aanknopingsregel, zoveel mogelijk uit de weg gaan<sup>376</sup>.

**163.** Met de voorgestelde aanknopingsregeling wordt naast *internationale*

---

BOVEN en C. FLINTERMAN, *Universaliteit van mensenrechten. Fundamenteel en controversieel*, Leiden, Stichting NJCM, 1992, 69-73; E. BREMS, "Mensenrechten en culturele diversiteit: een case-study van Singapore", in UFSIA, *Jaarboek 1996-97 van het ICM*, Antwerpen, Maklu, 1997, 15-42; L. BRAECKMANS, "Aandacht voor grondwaarden in een interculturele samenleving", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 370-379; B.P. VERMEULEN, "Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?", *R.F.R.T.* 1992, 16-46; K. RAES, *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent, Academia Press, 1997, 215 p.; E. BREMS (2001), 509 e.v., reikt argumenten aan om de kritiek van enkele Oost-Aziatische, sub-Saharische en Islamitische Staten, dat de mensenrechten die in het Westen worden gehanteerd niet universeel zijn en dat niet kunnen zijn, dat ze onvermijdelijk zijn ingegeven door louter Westerse 'needs, values en concerns', door de eigen historische ontwikkeling, evenals door het overwicht van het Westen in de internationale relaties, te nuanceren. Daartoe illustreert ze enerzijds de vaststelling dat de personen die de kritiek uiten zich vaak laten leiden door regeringsbelangen en belangen van bepaalde sociale elites, en niet representatief zouden zijn voor de bevolking die ze stellen te vertegenwoordigen. Anderzijds wijst ze erop dat de critici niet de mogelijkheid van universaliteit als dusdanig verwerpen. Hun kritiek betreft louter de terminologie waarmee en het framework van waaruit vandaag wordt gewerkt. Met haar theorie van inclusieve universaliteit wil E. BREMS een nieuw juridisch framework aanreiken. Het huidige mensenrechtenapparaat zou daarbij vele kritieken kunnen incalculeren, zonder daarom volledig herzien te moeten worden.

<sup>374</sup> Het personeel statuut, het huwelijksvermogensrecht, het erfrecht.

<sup>375</sup> M.-CL. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België. Rechtsontwikkeling zonder richtsnoer", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 204, haalt het voorbeeld aan van een echtscheiding waarbij ter aanvulling verzocht werd om de man gerechtelijk onder dwangsom te verplichten om zijn vrouw consulaire te verstoten, opdat de ontbinding van het huwelijk ook naar Marokkaans recht zou worden erkend en de vrouw straffeloos een nieuw huwelijk zou kunnen aangaan (hierover: M.S. BERGER, "Het afdwingen van een verstoting bij de Nederlandse rechter", in RIMO, *Recht van de Islam*, Maastricht, RIMO, 1991, 79).

<sup>376</sup> Bilateralisering zal normaal gezien niet op bezwaren stuiten, aangezien Belgen slechts aan buitenlands recht zouden worden onderworpen wanneer ze met dat recht een sterkere band hebben ontwikkeld, te meer daar de sterkte van die band naar Belgische criteria zou worden beoordeeld (*cf. supra*).

beslissingsharmonie ook *interne* beslissingsharmonie nagestreefd door te kiezen voor een eenvormige aanknopingsregeling van rechtsvragen i.v.m. de huwelijksluiting<sup>377</sup>, de instelling van een buitenhuwelijkse tweerelatie, de oorspronkelijke afstamming<sup>378</sup> en adoptie<sup>379</sup>. De voorgestelde aanknopingsregeling zou tevens op zijn werkbaarheid inzake gevolgen, voortbestaan en beëindiging van het gezinsleven kunnen worden getoetst<sup>380</sup>.

**164.** Met het voorstel wordt anderzijds niet vermeden dat voort buitenlands recht moet worden toegepast, terwijl dat niet steeds even gemakkelijk kenbaar is. Ook wordt de doelstelling niet bereikt die door bepaalde auteurs aan het domiciliebeginsel wordt gekoppeld<sup>381</sup>, met name dat rechten en regels die fundamenteel worden geacht binnen de Belgische samenleving, en die nu slechts door de exceptie van openbare orde<sup>382</sup> afgedwongen kunnen worden, universele toepassing op het Belgische grondgebied zouden krijgen. We menen evenwel dat de techniek van de exceptie de enige redelijke correctie vormt op het beginsel om aan te knopen bij de rechtsorde waarmee de betrokkene de nauwste banden heeft.

**165.** Aangezien we systematisch verwezen naar legaal verblijf, bevat ons voorstel nog geen regeling voor de rechtspositie van vreemdelingen met illegaal verblijf. Voor hen bepleiten we de oplossing die we tevens voorstellen voor vreemdelingen die slechts recht hebben op verblijf voor bepaalde duur: een

<sup>377</sup> O.m. Brussel 30 maart 1995, 21 maart 1995 en 9 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 564-566, noot K. WAUTERS-LAMBEIN en W. WAUTERS; Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 599; Brussel 24 april 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 363; Brussel 27 juni 1988, *T. Vreemd.* 1988, nr. 51, 22; Brussel 28 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 56; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 31 maart 1987, *J.T.* 1988, 194; Rb. Brussel 18 november 1986, *T.B.B.R.* 1988, 407, noot A.C. VAN GYSEL; Rb. Brussel 28 oktober 1986, *T. Vreemd.* 1986, nr. 40, 20; Rb. Brussel 20 februari 1985, *J.T.* 1985, 286; J. ERAUW (1985), 154; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 321.

<sup>378</sup> Eenvormigheid inzake afstammingsvragen wordt bepleit door o.m. M. FALLON (1988), 232; A. HEYVAERT (1991), 1199-1200, K. LAMBEIN en B. WYLLEMAN, "Het Belgische internationaal afstammingsrecht na 31 maart 1987", *R.W.* 1993-94, 665-666; K. LENAERTS, "Afstamming", in *Comm. Pers.*, nr. 18; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 373 (*a contrario*); G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 238; N. WATTE en A.C. VAN GYSEL, "La loi applicable à l'établissement de la filiation biologique", *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 309-310.

<sup>379</sup> Op de twee laatstgenoemde thema's gaan we in dit onderzoek evenwel niet nader in.

<sup>380</sup> Een eenvormige aanknopingsregeling van huwelijksvoorwaarden en bepalingen inzake de nietigverklaring van het huwelijk werd reeds toegepast in o.m. Cass. 28 oktober 1966, *Arr. Cass.* 1967, 283; Cass. 8 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 754; Luik 16 november 1993, *T.B.B.R.* 1994, 503, noot L. BARNICH; Brussel 27 juni 1988, *T. Vreemd.* 1989, nr. 51, 22; Brussel 28 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 56; Rb. Brussel 24 februari 1987, *T.B.B.R.* 1989, 165; Rb. Brussel 28 november 1986, *T.B.B.R.* 1988, 467, noot A.C. VAN GYSEL.

<sup>381</sup> Hierover M.C. FOLETS, "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België. Rechtsontwikkeling zonder richtsnoer", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 198.

<sup>382</sup> Exceptie waarmee de rechter de naar IPR toepasselijke regel van buitenlands recht buiten beschouwing laat en het Belgisch recht toepast voor wat betreft 'bepalingen waarin de Belgische wetgever een beginsel heeft willen vastleggen dat naar zijn oordeel van essentieel belang is voor de gevestigde morele, politieke of economische orde' (Cass. 4 mei 1950, *Pas.* 1950, 624; Cass. 29 maart 1973, *J.T.* 1973, 389 en Cass. 25 oktober 1979, *R.W.* 1979-80, 1763).

voortgezette aanknoping bij de *lex patriae*<sup>383</sup>. Hoe lang illegale verblijfhouders hier ook reeds verblijven, enerzijds zal de duur van dat verblijf zelden kunnen worden aangetoond, anderzijds kan in het licht van de verwachtingsleer waarop we ons voorstel op steunen worden gesteld: het recht houdt geen rekening met hen, geeft hen geen rechten, en stelt dus ook geen concrete verwachtingen van integratie in het Belgische rechtsdenken. Om *forumshopping* te vermijden, dient de nationaliteitsaanknoping te worden aangehouden.

**166.** Voor vluchtelingen en staatlozen die in België worden erkend, stellen we voor om de huidige aanknoping bij Belgisch recht te handhaven. Er rijst vanaf de erkenning hoedanook geen grensoverschrijdend conflict meer. De betrokkene kan slechts in België verblijven op duurzame wijze, kan in beginsel niet meer terecht in zijn land van herkomst, noch op de corresponderende ambassade of consulaat. Daarom kan evengoed meteen Belgisch recht op zijn rechtssituatie worden toegepast.

### C.3. HET VOORBEHOUD VAN INTERNATIONALE AFSPRAKEN INZAKE I.P.R.

**167.** Evenmin als de huidige aanknopingsregeling is ons voorstel bij machte om af te wijken van internationale I.P.R.-afspraken die door België zijn geratificeerd. We beperken onze aandacht tot de Verdragen die betrekking hebben op ons onderzoeksdomein, het ontstaan van gezinsleven.

Het Verdrag van 1 maart 1954 betreffende de burgerlijke procedure<sup>384</sup> is beperkt tot procedurebepalingen en legt geen aanknopingsregels op.

**168.** Inzake adoptie bevat enkel het Verdrag van 15 november 1965 betreffende de bevoegde autoriteit, de toepasselijke wet en de erkenning van beslissingen inzake adoptie collisieregels. Het is niet door België ondertekend. Het Verdrag is van toepassing op een adoptie waarbij alle betrokkenen tegelijk de nationaliteit van een Verdragsstaat hebben en gewoonlijk in deze of een andere Verdragsstaat verblijven. De Verdragsbepalingen verwijzen naar het interne recht van de jurisdictie die uitspraak doet in een zaak, *i.e.* de nationale wet of de wet van de Staat van gewoonlijk verblijf. Een Verdragsstaat kan bij reserve evenwel bepalen dat zijn wet de toelaatbaarheid van een adoptie door een onderdaan en/of bij adoptie van een onderdaan de voorwaarden inzake toestemming en raadpleging van andere personen dan de adoptant en zijn

<sup>383</sup> Onder voorbehoud evenwel van een navolging van de Résolution (72)1 du comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à l'unification des concepts juridiques de 'domicile' et de 'résidence' van 18 januari 1972, *weergeg.* in *R.C.D.I.P.* 1973, 846, die een verdere aanknoping bij de wet van de vroegere gewoontelijke domicilie (wettige verblijfplaats) voorstaat, tot sprake is van een nieuwe gewoontelijke domicilie.

<sup>384</sup> In werking in o.m. België, Nederland, Frankrijk, evenals in Argentinië, Denemarken, Egypte, Finland, Hongarije, Israël, Italië, Japan, Libanon, Luxemburg, Marokko, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Rusland, Spanje, Suriname, Slowakije, Tsjechië, Vaticaanstad, Zweden, Zwitserland. Niet geratificeerd door Duitsland. Hierover o.m. R. VANDER ELST, "La loi nationale dans les conventions de La Haye", *R.B.D.I.* 1991, 398-407.

familie zal regelen<sup>385</sup>. De globale regel is m.a.w. dat de wet van de Staat van gewoonlijk verblijf en de nationale wet op gelijke voet staan. Voor de toelaatbaarheid in hoofde van de adoptanten en de toestemming kan een Verdragsstaat evenwel exclusieve bevoegdheid verlenen aan het nationale recht.

**169.** Volledigheidshalve verwijzen we tevens naar de sinds 15 juli 1991 op ratificatie wachtende Belgisch-Marokkaanse Verdragen: het Verdrag inzake gemengde gezinsconflicten aangaande de erkenning van huwelijken en van hun ontbinding, het Verdrag nopens de erkenning en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen inzake verplichtingen tot onderhoud en het Verdrag betreffende wederzijdse rechtshulp, de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen inzake het recht van gezag en bezoekrecht<sup>386</sup>. Deze Verdragen sluiten nauw aan bij de huidige aanknopingsregeling. Voor de grondvoorwaarden blijft de aanknopings bij de nationale wet en voor de vormvoorwaarden die bij de *lex loci* gehandhaafd<sup>387</sup>. In hun huidige versie bieden de Verdragen inhoudelijk geen verfijning. De kans werd niet aangegrepen om een aantal hardnekkige kwalificatieproblemen aan te pakken<sup>388</sup>. Het Verdrag beoogt de internationale beslissingsharmonie te bevorderen door middel van een wederzijdse erkenning van beslissingen, tenzij deze manifest strijdig zijn met de openbare orde<sup>389</sup>. *Renvoi* wordt expliciet uitgesloten<sup>390</sup>.

**170.** Krijgt het voorliggende wetsvoorstel voor een I.P.R.-codex kracht van wet, dan kunnen de Verdragen in hun huidige vorm best niet worden geratificeerd. Hetzelfde geldt m.b.t. ons aanknopingsvoorstel.

**171.** Wél blijkt uit het reeds geratificeerde<sup>392</sup>, maar nog niet in werking getreden Haagse Verdrag van 15 juni 1955 tot regeling van de conflicten tussen de nationale wet en de wet van de woonplaats een voorkeur voor een veralgemeende toepassing van de wet van de plaats van gewoonlijk verblijf. *Renvoi* door de nationaliteitswet naar de domiciliewet wordt bv. toegelaten, maar het omgekeerde niet<sup>393</sup>.

**172.** We hebben bij onze begripsafbakening rekening gehouden met de aanbevelingen die zijn vervat in de "Résolution (72)1 du comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à l'unification des concepts juridiques de 'domicile' et

<sup>385</sup> Resp. art. 3 en 7, art. 4, tweede lid en art. 5, eerste lid Verdrag.

<sup>386</sup> Over deze Verdragen o.m. M.-CL. FOLETS, "Enkele concrete voorstellen ter versteviging van de gezinspositie van Marokkaanse migrantenvrouwen in België: huwelijk en echtscheiding", in M.-C. FOLETS (1998), 257 e.v.; J.Y. CARLIER, "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 447 e.v.

<sup>387</sup> Art. 6 en 7 Verdrag.

<sup>388</sup> Bv. de vraag of de vertegenwoordiging van de kandidaat-bruid door de *wali* als een grond, dan wel een vormvoorwaarde moet worden beschouwd.

<sup>389</sup> Art. 1 Verdrag.

<sup>390</sup> Art. 1 Verdrag.

<sup>391</sup> B.S. 10 januari 1984.

<sup>392</sup> Wet van 11 april 1962, B.S. 26 oktober 1966.

<sup>393</sup> Art. 1 Verdrag.

de 'résidence' van 18 januari 1972<sup>394</sup>. Daarin wordt 'domicilie' omschreven als een juridische band tussen een persoon en een Staat die "résulte du fait que cette personne établit ou maintient volontairement sa résidence unique ou principale dans ce pays ou en ce lieu, avec l'intention d'en faire et d'y maintenir le centre de de ses intérêts personnels, sociaux et économiques. Cette intention peut, notamment, être déduite de la *durée de la résidence effectuée*<sup>395</sup> et envisagée ainsi que de l'existence d'autres liens de nature personnelle ou professionnelle entre cette personne et le pays ou le lieu dont il s'agit". Ook de Raad van Europa meent m.a.w. duurzaam verblijf, door de Raad benoemd als 'domicilie'<sup>396</sup>, te kunnen afleiden uit langdurig wettig verblijf.

Ons voorstel om ook bij beëindiging van de stabiele verblijfspositie te blijven aanknopen bij het recht van de betreffende Staat, tot de betrokkene in een andere Staat een stabiele verblijfspositie heeft uitgebouwd, stemt overeen met de volgende bepaling van de Raad van Europa: "Le domicile d'une personne est considéré comme étant conservé jusqu'à l'acquisition d'un nouveau domicile".

De wijze waarop de verblijfspositie van gezinsleden op elkaar inwerkt, is daarentegen verschillend geregeld. Van het beginsel "le domicile d'une personne mariée ne dépend pas de celui de son conjoint, mais le domicile de l'un des époux est un élément qui peut être pris en considération pour déterminer le domicile de l'autre" wordt in ons voorstel afgeweken indien een persoon zijn verblijfsrecht ten gronde steunt op de verblijfspositie van zijn echtgenoot. Om de eenheid binnen de familie te bewaren, trekken we de afhankelijke verblijfspositie van personen die in België verblijven op grond van gezinshereniging, door naar het familierecht. Zodra de gezinshereniger een stabiele verblijfspositie geniet, worden de gevolgen daarvan doorgetrokken naar het personele statuut van de personen die hem hebben vervoegd. Een beroep op gezinshereniging bij een persoon van wie de Belgische rechtsorde een zekere integratie veronderstelt<sup>397</sup>, wekt het vermoeden dat ook het familielid zich op stabiele wijze in België wenst te vestigen en bereid is zich aan de Belgische rechtsorde te onderwerpen<sup>398</sup>. Ook als het gezinslid een zelfstandig recht op verblijf heeft verworven, menen we dat de gevolgen van de oorspronkelijke gezinshereniging moeten blijven doorwerken (*cf. supra*). Hetzelfde geldt in de hypothese dat de oorspronkelijke verblijfsgrond is weggefallen, als de vreemdeling zijn verblijf in België op een andere grond kan voortzetten.

<sup>394</sup> Weergeg. in *R.C.D.I.P.* 1973, 846.

<sup>395</sup> Eigen cursivering.

<sup>396</sup> De notie onderscheidt zich in de begripshantering door de Raad van de notie 'verblijfplaats' ('résidence') die op een louter feitelijke toestand betrekking heeft en niet gepaard moet gaan met een verblijfsmachtiging.

<sup>397</sup> Zie hiervoor de afbakening van het begrip 'stabiele verblijfspositie'.

<sup>398</sup> Om dit vermoeden niet al te zeer te rekken, hebben we ervoor geopteerd om de vestiging als dusdanig niet als criterium op te nemen om te besluiten tot een stabiele verblijfspositie. Zie hierboven de bespreking m.b.t. de snelle vestiging van EER-onderdanen en hun familieleden, en het recht op vrij verkeer van personen. Zie anderzijds ook de optie om abstractie te maken van de regeling van het zelfstandig verblijfsrecht.

173. Ook de aanbeveling in de Resolutie om het kind de domicilie toe te kennen van de persoon die bij wet is gerechtigd om de verblijfplaats van het kind te bepalen, trekken we door naar de notie 'stabiele verblijfplaats'. Het kind volgt zijn ouder, tenzij het met de toestemming van die ouder of van een bevoegde autoriteit in een andere Staat verblijft en er het centrum van zijn persoonlijke, sociale en economische belangen heeft. Dergelijke afwijking kan toelaten dat *makfouls* of ook verlaten kinderen die met toestemming van de autoriteiten van het land van herkomst zijn toevertrouwd aan een pleeggezin in België, naar Belgisch recht worden geadopteerd, nadat een zekere verblijfsduur voldoende duidelijk uitwijst dat hun belangen in België liggen. De Resolutie lijkt eenzelfde opening te laten.

174. We kunnen besluiten dat het voorstel niet onverenigbaar is met enig I.P.R.-Verdrag dat door België is geratificeerd en reeds in werking is getreden. België is met name vooralsnog niet gebonden door internationale collisieregels.

#### C.4. DE VOORGESTELDE AANKNOPINGSMECHANISMEN IN HET WETSVORSTEL HOUDENDE I.P.R.-CODIFICATIE

##### C.4.A. DE AANKNOPINGSREGELS

175. De toegenomen mobiliteit heeft gezorgd voor een opeenhoping van regels en bronnen van recht, een overvloed aan rechtsvergelijkend materiaal, taalproblemen, en bijzondere technieken, zoals hierboven beschreven. Dit alles noodzaakt volgens een groot aantal auteurs een codificatie<sup>399</sup>, naar het voorbeeld van o.m. Oostenrijk, Zwitserland, Duitsland en Italië<sup>400</sup>.

<sup>399</sup> Ook in de Senaat werd reeds beklemtoond dat het I.P.R. dringend aan codificatie toe is. Deze bevestiging is ingegeven door de bezorgdheid om verschuivingen van schijnhuwelijken naar ander landen, met een soepelere regeling terzake, te voorkomen: *Parl. St. Senaat* 1998-99, nr. 1991/3, 25.

<sup>400</sup> Oostenrijkse wet van 15 juni 1978, Duitse wet van 1 september 1986, Zwitserse wet van 18 december 1987, Engelse wet van 1995 en Italiaanse wet van 1996. Spanje heeft reeds gedeeltelijk in een codificatie voorzien. In Nederland is een wetsvoorstel hangende: [www.minjust.nl](http://www.minjust.nl) (Hierover: "Schets van een algemene wet betreffende het Internationaal Privaatrecht", *NIPR* 1992, 451). J. ERAUW, "Tendenzen in het recht van grensoverschrijdende personen en families.", in X., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving, twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 116; J. ERAUW, "De nood aan codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht", in X., *Liber memorialis François Laurent*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 747 en 761; J. ERAUW, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van wetboek I.P.R.", *R.W.* 2002, 1558; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence", in X., *Unification, Liber Amicorum J.G. Sauveplanne*, Kluwer, 1984, 123; C. KESSEDJIAN, "La codification en droit international privé" en E. PUTMAN, "Réflexions sur la codification du droit international privé", in *SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, La codification du droit international*, Paris, Pédone, 1999, 107 resp. 111-112; J.P. NIBOYET, "Le code civil en préparation et les règles de solution des conflits de lois", *Trav. com. fr. dr. intern. privé* 1945-46, 25, die nochtans besluit dat het mysterieuze karakter van het I.P.R. een reglementering ernstig bemoeilijkt; J.P. REMERY, "Compte-rendu de l'intervention de M. VERWILGHEN 'Vers un code belge de droit international privé', Comité français de droit international privé", *R.C.D.I.P.* 2000, 144; A. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, LGDJ, 1987, 5 en 342,



**176.** Een voorontwerp van codificatie<sup>401</sup> dat reeds is onderworpen aan een advies van de Raad van State is inmiddels voorgelegd aan het Parlement<sup>402</sup>. Het beoogt meer rechtszekerheid in het I.P.R. binnen te brengen<sup>403</sup> a.h.v. een alternatief aanknopingsstelsel<sup>404</sup>.

**177.** De nationaliteitsaanknoping wordt daarbij voor de huwelijksgevolgen en echtscheiding, evenals voor de gevolgen en beëindiging van samenwoning en partnerschap op een *verdere* plaats in de rangorde van verwijzingen gezet<sup>405</sup>.

---

stelt evenwel dat de keuze voor meer rechtszekerheid onvermijdelijk een verminderde soepelheid om te oordelen naargelang van het geval impliceert in hoofde van de rechter. *Contra* codificatie: Y. LOUSSOUARN, "Les vicissitudes de la codification du droit international privé français", in *Liber Amicorum George A.L. Droz, E pluribus unum*, 1996, 195 (het I.P.R. is "la science du doute"); P. BELLET, *Travaux du Comité français de droit international privé, Séance du 13 mars 1964, D.I.P.* 1962-64, 280 (citeert de voorzitter van de zitting, G. HOLLEAUX: "tous les pays qui font des lois en matière de droit international privé ont une législation de plus en plus compliquée et c'est, pour les tribunaux, un carcan absolument intolérable"); D. BUREAU, "La codification du droit international privé", in SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *l.c.*, 134 ("rigidité (qui) aurait un 'effet négatif sur l'évolution jurisprudentielle du droit"); H. MUIR-WATT, "La codification en droit international privé", *Droits* 1998, 158 ("à vouloir consacrer dans l'énoncé même des règles codifiées la part de liberté créatrice du juge, on dénature cette fois-ci la notion de Code"); F. RIGAUX, "Codification of Private International Law: Pros and Cons", *Louisiana Law Review*, 2000, verzet zich tegen de idee van een codificatie, wegens de toekomstige strijdigheid met een onvermijdelijke Europese unificatie in de materie. Ook wordt een ruimere internationale harmonisering door verdragsrecht erdoor bemoeilijkt: H. BATIFFOL, "Codification y unification en derecho Internacional Privado", in H. BATIFFOL (ed.), *Choix d'articles: rassemblés par ses amis*, Paris, LGDJ, 1976, 126; F. RIGAUX, "Slotrapport/Rapport de synthèse pour une relecture de François Laurent", in X., *Liber memorialis François Laurent*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 667 en F. LAURENT, *Droit civil international, 1880-1881*, I, nr. 3, 14, aangeh. door F. RIGAUX, "Le juge, arbitre des conflits de lois", in *Liber memorialis François Laurent*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 999.

<sup>401</sup> Voorontwerp van wet houdende wetboek van internationaal privaatrecht, goedgekeurd op de Ministerraad van 26 maart 1999.

<sup>402</sup> *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2-1225/1, 1 juli 2002.

<sup>403</sup> Vandaag ontbreekt die nog voornamelijk doordat vele rechters art. 3, al. 3 B.W. nog slechts exceptioneel toepassen, doordat er nauwelijks een lijn binnen de rechtspraak te vinden is, er geen inventarissen worden opgemaakt (i.t.t. bv. Nederland met zijn TMC Asserinstituut), en vonnissen te weinig representatief worden gepubliceerd; A. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, LGDJ, 1987, 342. Internationaalrechtelijke initiatieven genieten vooralsnog weinig bijval: België heeft tot op vandaag slechts zes verdragen inzake familierechtelijk I.P.R. geratificeerd. De verdragen worden als te ingewikkeld bevonden. Het voorstel tot codificering zou er mede op gericht zijn om een ratificatie van verdere verdragen onnodig te maken, of te verhinderen: zie ook advies nr. 29.210/2 van de Raad van State, p. 123-124, met verwijzing naar de opinie van P. LAGARDE, dat een I.P.R.-codificering steeds impliceert dat de ratificatie van verdragen in de betreffende materie op zich laat wachten. Het is immers de bedoeling om de wettelijke regeling te handhaven en niet in het gedrang te brengen door concurrerende verdragsregels. Bij codificatie kan een voorbeeld worden genomen aan de huidige Zwitserse, Duitse en Italianse I.P.R.-codificatie. Nederland en Frankrijk opteren daarentegen voor internationale harmonisatie.

<sup>404</sup> Hierover o.m. J. ERAUW, "De evolutie naar een Belgisch wetboek van internationaal privaatrecht", *De Burg. St.* 1998, 543-545.

<sup>405</sup> J. ERAUW, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van wetboek I.P.R.", *R.W.* 2002, 1558, noemt de huidige regeling bij Wet-Rolin van de echtscheiding ongelukkig. Daarnaast wijst hij erop dat op meerdere punten duidelijkheid nodig is, bv. op het vlak van de I.P.R.-aanpak van homohuwelijken. Ook de adoptieregeling van het B.W. is volgens

Slechts indien de betrokkenen niet beiden hun gewone (niet noodzakelijk gemeenschappelijke) verblijfplaats hebben in dezelfde Staat, wordt subsidiair verwezen naar de gemeenschappelijke nationale wet, en bij gebreke naar de Belgische wet<sup>406</sup>.

Wij menen evenwel dat nog ruimer kan worden afgeweken van de nationaliteitsaanknopning. Hebben de partners *tijdens het huwelijk* op stabiele wijze in België verbleven, dan mogen zowel de partners t.a.v. elkaar, als de Belgische samenleving t.a.v. beide partners verwachten dat de Belgische wet in beginsel ook de beëindiging van de relatie zal beheersen, ook als ze niet langer beiden op stabiele wijze in België verblijven. Enkel als beiden in *eenzelfde* Staat buiten België zouden verblijven, kan overwogen worden om bij stabiel verblijf aldaar alsnog de beëindiging van de relatie naar het recht van die nieuwe verblijfsstaat te regelen.

**178.** We gaan hier evenwel niet nader op in. Voor ons onderzoek zijn slechts de verwijzingsregels relevant die betrekking hebben op het ontstaan van gezinsleven tussen partners, m.a.w. betreffende de huwelijksvoorwaarden en het ontstaan van buitenhuwelijkse tweerelaties.

**179.** Inzake grondvoorwaarden voor het huwelijk behoudt het wetsvoorstel voor een I.P.R.-codex de verwijzing naar de nationale wet van elk van de partners<sup>407</sup>. Deze keuze zou zijn gesteund op de opvatting dat er nog geen voldoende gemeenschappelijke banden tussen de partners zijn om de wet van de gemeenschappelijke verblijfplaats toe te passen. Dit argument weerlegt evenwel niet de geschiktheid van een aanknopning voor elk van de partners bij de wet van de Staat waar ze op stabiele wijze verblijven<sup>408</sup>.

Ook het argument dat een aanknopning bij de nationale wet een minder groot gevaar op manipulatie inhoudt<sup>409</sup>, gaat niet op als de notie 'stabiele verblijfplaats' invulling krijgt a.h.v. criteria die worden gespiegeld aan die van de nationaliteitswet.

**180.** Ook de afstamming wordt door het wetsvoorstel geregeld in toepassing van de nationale wet van de kandidaat-ouder. De doelstelling om daarmee wetsontduiking te voorkomen<sup>410</sup>, wordt opnieuw evengoed bereikt met een keuze

---

Erauw aan een herziening toe.

<sup>406</sup> Art. 45, 53 en 58 Voorontwerp; J. ERAUW, in M.C. FOLETS, R. FOQUE en M. VERWILGHEN (ed.), o.c., 438. Bij echtscheiding wordt ook steeds naar de subsidiaire regel verwezen, wanneer een eerste aanknopning een verbod van echtscheiding oplevert: art. 53 § 3 Voorontwerp.

<sup>407</sup> Art. 43 Voorontwerp.

<sup>408</sup> In gelijkaardige zin: Advies nr. 29.210/2 van de Raad van State, l.c., 203, waarin wordt geopperd om aan te knopen bij "de wet die het wezen uitdrukt van de huwelijksband waarbij de echtgenoten zich als gevolg van hun huwelijk aansluiten".

<sup>409</sup> Zie ook: ERAUW, in M.-C. FOLETS e.a. (2002), 436.

<sup>410</sup> Art. 60 voorontwerp van I.P.R.-codex; J. ERAUW, in M.-C. FOLETS e.a. (2002), 437. De vereiste van en de voorwaarden voor een toestemming van het kind worden evenwel geregeld

om aan te knopen bij het recht van de Staat van stabiel verblijf.

Het wetsvoorstel regelt de toestemming in een erkenning alvast in het belang van het kind in toepassing van de wet van zijn gewoonlijke verblijfplaats<sup>411</sup>.

**181.** Ook de internationale adoptie blijft bij voorkeur geregeld door de nationale wet van de adoptant<sup>412</sup>. Slechts als bij een tweeouderadoptie beide kandidaat-adoptanten niet dezelfde nationaliteit hebben, wordt verwezen naar het recht van de Staat waar ze hun gewone verblijfplaats<sup>413</sup> hebben. Bij gebrek aan gewoonlijk verblijf in eenzelfde Staat knoopt de rechter aan bij het Belgische recht. Uit het laatste volgt dat bij tweeouderadoptie vreemdelingen met een verschillende nationaliteit die vooralsnog niet gewoonlijk verblijven in dezelfde Staat, steeds kunnen adopteren, ook als hun beider nationale recht adoptie niet toelaat. Op hun situatie zal immers Belgisch intern recht worden toegepast.

Een tweeouderadoptie tussen twee vreemdelingen met de nationaliteit van eenzelfde Staat waarvan het burgerlijke recht adoptie niet toelaat of met gewone verblijfplaats in een Staat met adoptieverbod, of een eenouderadoptie door een persoon wiens nationale wet adoptie verbiedt, zal daarentegen niet mogelijk zijn<sup>414</sup>.

Het wetsvoorstel bevat evenwel een uitzonderingsbepaling: de rechter past steeds Belgisch recht toe als "hij oordeelt dat de toepassing van buitenlands recht kennelijk het hogere belang van de geadopteerde zou schaden en de adoptant of de adoptanten kennelijk nauwe banden met België hebben"<sup>415</sup>. De term 'geadopteerde' lijkt evenwel uit te wijzen dat deze alternatieve aanknoping slechts mogelijk is als de normaal toepasselijke wet adoptie in beginsel toelaat.

Bovendien beoogt het wetsvoorstel dat streng wordt opgetreden tegen

---

door het recht van de Staat waar het op het ogenblik van de toestemming zijn gewone verblijfplaats heeft. Een aanknoping bij de nationale wet van het kind is niet handig, aangezien bij gebrek aan afstammingsband bij de geboorte de nationaliteit slechts in toepassing van het *ius soli*-beginsel zou kunnen worden toegekend. Naar Belgisch nationaliteitsrecht is de toekenning van de nationaliteit op loutere grond van geboorte in België een 'last resort'. Het kan niet de bedoeling zijn om deze tot algemene regel te maken. Bovendien zou daardoor nog meer manipulatie mogelijk zijn, niet alleen van het personeel statuut, maar tevens van het staatsburgerschap.

<sup>411</sup> Art. 59 Voorontwerp.

<sup>412</sup> J. ERAUW, in M.-C. FOLETS e.a. (2002), 436-437, daarentegen meent dat inzake internationale adoptie best wordt aangeknoopt bij de nationale wet van het kind, omdat die een brug slaat naar de herkomstfamilie.

<sup>413</sup> Daartoe wordt vermoedelijk, naar analogie van de regeling inzake huwelijk (advies Raad van State, 150 en 208), niet vereist dat ze samenwonen.

<sup>414</sup> J. ERAUW, M. FALLON, M. LIENARD-LIGNY, J. MEEUSEN, H. VAN HOUTTE en N. WATTE, *Voorstel van een ontwerp van wet houdende wetboek van international privaatrecht*, 28 februari 1998, stelden daarentegen een soepelere regeling toe, waardoor adoptie steeds mogelijk zou zijn. Laat nationale wet geen adoptie toe, dan zou de wet van de gewone verblijfplaats toepasselijk worden verklaard. Bij herhaald negatief resultaat zou de Belgische adoptieregeling worden toegepast: Art. 62, § 2 voorstel van ontwerp.

<sup>415</sup> Art. 64 Voorontwerp.

*forumshopping*. Een buitenlandse adoptie zou slechts worden erkend als ze is ontstaan in toepassing van het nationale recht of het recht van de gewone verblijfplaats van de adoptant, van minstens één van de adoptanten of van de geadopteerde<sup>416</sup>. We staan in deel 4, onder het hoofdstuk adoptie nader stil bij de voorgestelde verwijzingsregel en zijn mogelijke toepassingen<sup>417</sup>, evenals bij de bepalingen inzake de toestemming<sup>418</sup>.

**182.** Door de gewone verblijfplaats een centralere rol toe te bedelen, verlegt het wetsvoorstel het accent van de behouden banden met de cultuur van het land van herkomst naar de verbondenheid met de huidige leefomgeving<sup>419</sup>.

ERAUW e.a. bevestigen dat het nationaliteitsbeginsel slechts een goed objectief criterium van onderscheid is tussen vreemdelingen en Belgen zolang de betrokkene een effectieve band met zijn land bewaart<sup>420</sup>. Jammer dat in die lijn niet nadrukkelijk een onderscheid op grond van 'stabiele verblijfpositie' of minstens langdurig verblijf<sup>421</sup> is uitgewerkt.

Het behoud van de huidige domicilieaanknopning voor vluchtelingen en (feitelijk) staatlozen<sup>422</sup> past wél in deze redenering.

<sup>416</sup> Art. 68 Voorontwerp. Adoptie bij onderhandse akte of *contractuele* adoptie zou geen erkenning krijgen. Elke adoptie die officieel is ingesteld naar buitenlands recht, ook al gebeurt dat bv. naar louter notariële vorm en wordt homologatie niet vereist, zou wél worden erkend: zie ook J. ERAUW, M. FALLON, M. LIENARD-LIGNY, J. MEEUSEN, H. VAN HOUTTE en N. WATTE, *Voorstel van een ontwerp van wet houdende wetboek van internationaal privaatrecht*, 28 februari 1998, *Memorie*, 27. De voorgestelde regeling is strenger verwoord dan de regeling van het Haagse Verdrag van 1993, dat slechts controle vooropstelt in het licht van de openbare orde, en zich niet inlaat met de problematiek van wetsontduiking, noch met een onrechtstreekse bevoegdheidscontrole.

<sup>417</sup> In hoeverre is überhaupt toelaatbaar dat twee kandidaat-adoptanten nog geen gemeenschappelijke verblijfplaats zouden hebben, a fortiori nog geen gewone (mogelijk gescheiden) verblijfplaats in eenzelfde Staat?

<sup>418</sup> Art. 65 bepaalt dat de toestemming van de geadopteerde en van zijn ouders of wettelijke vertegenwoordiger, evenals de wijze waarop zij wordt uitgedrukt, wordt beheerst door het recht van de Staat op het grondgebied waarvan de geadopteerde bij het geven van de toestemming zijn gewone verblijfplaats heeft. Het Belgische recht beheerst evenwel de toestemming van de geadopteerde indien het recht dat krachtens paragraaf 1 van toepassing is, niet voorziet in de noodzaak van dergelijke toestemming of de instelling van de adoptie niet kent.

<sup>419</sup> J. ERAUW e.a., o.c., Toelichting, 2.

<sup>420</sup> J. ERAUW e.a., o.c., Toelichting, 14.

<sup>421</sup> Waarbij die begrippen vanzelfsprekend voldoende duidelijk zouden worden omschreven.

<sup>422</sup> Art. 3, § 3 en 4 Voorontwerp.

**C.4.B. BEMERKINGEN VAN DE RAAD VAN STATE BIJ HET VOORONTWERP**

**183.** Enkele bemerkingen van de Raad van State bij het voorontwerp dragen onze aandacht weg.

In zijn advies gaf de Raad aan dat een codificering een verdere internationalisering van het I.P.R. op het achterplan zal duwen<sup>423</sup>. Eenmaal een wettelijk kader is uitgewerkt<sup>424</sup>, zal de wetgever dat niet graag zien aangetast door onverzoenbare en door hun aard primerende internationaalrechtelijke regelingen<sup>425</sup>. In het licht van de bevoegdheid die de Europese Unie zich in het kader van zijn beleidsterrein 'visa, asiel, immigratie en andere beleidsterreinen die verband houden met het vrije verkeer van personen' toemeet om te verordenen op het vlak van I.P.R.<sup>426</sup>, is het evenwel mogelijk dat het komende Wetboek reeds na korte tijd aangepast zal moeten worden aan een Europese regeling<sup>427</sup>.

Na de opstelling van het voorontwerp zijn reeds meerdere verordeningen op Europees vlak gestemd<sup>428</sup>. De Europese wetgever geeft de notie 'vrij verkeer van personen' een ruime invulling. Als een vervolg op de bevoegdheidsregels die voor het domein van het huwelijksrecht reeds zijn uitgevaardigd, kan werk worden gemaakt van een eengemaakte collisieregeling<sup>429</sup>.

<sup>423</sup> Zie o.m. ook H. BATIFFOL, "Codification y unification en derecho Internacional Privado", in H. BATIFFOL (ed.), *Choix d'articles: rassemblés par ses amis*, Paris, LGDJ, 1976, 126; F. RIGAUX, "Slotrapport/Rapport de synthèse pour une relecture de François Laurent", in X., *Liber memorialis François Laurent*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 667 en F. LAURENT, *Droit civil international*, 1880-1881, I, nr. 3, 14, *aangeh.* door F. RIGAUX, "Le juge, arbitre des conflits de lois", in X., *Liber memorialis François Laurent*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 999.

<sup>424</sup> De minister van Justitie vermeldde in zijn beleidsnota (*Parl. St.* Kamer 6 november 2001, nr. 1448/14, Ontwerp van algemene uitgavenbegroting voor het Begrotingsjaar 2002, beleidsnota van de minister van Justitie, 25) dat het wetsontwerp in 2002 nog zal worden ingediend.

<sup>425</sup> Advies Raad van State, 126.

<sup>426</sup> In toepassing van het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997.

<sup>427</sup> Advies Raad van State, 126; zie ook o.m. F. RIGAUX, "Codification of Private International Law: Pros and Cons", *Louisiana Law Review* 2000.

<sup>428</sup> O.m. Verord. nr. 1346/2000 van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures; Verord. nr. 1347/2000 van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, *Pb. L.* nr. 160 van 30 juni 2000, 19-29 (stelt o.m. de erkenning *de iure* vast van beslissingen die in een andere lidstaat zijn genomen en van akten van de burgerlijke stand, behalve in exhaustief omschreven gevallen, met name bij strijdigheid met de openbare orde, met de rechten van de verdediging of met bepalingen inzake het recht om gehoord te worden, of met een bestaande uitspraak); Verord. nr. 1348/2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *Pb. L.* 160 van 30 juni 2000, 1, 19 en 37; Verord. nr. 44/2001 van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb. L.* 16 januari 2001, 1.

<sup>429</sup> Zie hiertoe reeds volgende impulsen: Resolutie E.P. voor een gemeenschappelijk Europees wetboek van privaatrecht van 26 mei 1989, *Pb. C.* 1989, nr. 158/400 en van 6 mei 1994, *Pb. C.* 1994, nr. 205/518. Hierover o.m. G. SPINDLER, "Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht – Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?", *RebelsZ.* 2002, 633-709.

**184.** De Raad wijst erop dat onze buurlanden een codificering van het I.P.R. niet of niet langer overwegen. De Franse wetgever heeft de idee laten varen. Nederland heeft het nooit ernstig overwogen. Uit de wetshistoriek van de regeling in Italië en Duitsland, de enige EU-lidstaten met I.P.R.-codex<sup>430</sup>, blijkt dat deze Staten nooit expliciet hebben geopteerd vóór een codificatie en tégen een jurisprudentiële benadering, maar dat het I.P.R. er steeds in afzonderlijke wetten is geregeld en de codificatie een louter systematiserende functie had<sup>431</sup>.

**185.** Een andere opmerking is dat de codificering in zijn huidige ontwerp niet veel wijzigt aan het sterk jurisprudentiële karakter van het I.P.R. Er zijn immers meerdere ontsnappingsclausules opgenomen.

De doelstellingen om enerzijds de rechtszekerheid te vergroten en anderzijds voldoende ruimte te laten voor een gevalsgebonden benadering, kunnen beter met elkaar worden verzoend als de gehanteerde technieken en termen nauwkeuriger<sup>432</sup> en soms ook restrictiever worden omschreven. Het is bv. onduidelijk op welke wijze de notie 'gewone verblijfplaats' moet worden ingevuld. Het voorontwerp geeft drie verschillende signalen. Het stelt dat de notie wordt gesteund op de Europese verordeningen, maar vervolgt dat ze autonoom wordt ingevuld door de Belgische overheid. Op een andere plaats laat het voorontwerp aanvoelen dat die invulling niet noodzakelijk overeenstemt met de invulling die er naar gemeen recht aan wordt gegeven.

Ook de wijze waarop de begrippen 'nationaliteit' en 'woonplaats' worden ingevuld, lijkt enkel betrekking te hebben op de materies die in het voorstel zijn geregeld, en niet op de rest van het I.P.R.<sup>433</sup>. De regeling in art. 3 van aanknopingsproblemen bij multipatridie bv. kan bijgevolg niet beletten dat de rechter in een materie die niet onder de regeling valt aanknoopt bij een andere factor dan de Belgische of de meest effectieve nationaliteit.

Ook het begrip 'woonplaats' is onduidelijk geformuleerd<sup>434</sup> en lijkt enkel de

<sup>430</sup> Tot nog toe zijn volgende I.P.R.-wetten ontwikkeld: de Duitse wet van 25 juli 1986 tot hervorming van de wet houdende inleiding tot het burgerlijk wetboek, de Zwitserse wet van 18 december 1987 betreffende het internationaal privaatrecht, de Liechtensteinse wet van 19 september 1996 en de Italiaanse wet van 31 mei 1995 tot opheffing van de inleidende bepalingen bij het burgerlijk wetboek.

<sup>431</sup> Advies Raad van State, 133-134. De Italiaanse regeling dateert van 1865, de Duitse van 1896-1900. Beide zijn mettertijd herzien met het oog op o.m. het gelijkheidsbeginsel op grond van geslacht.

<sup>432</sup> Naast de hieronder genoemde en uitgewerkte voorbeelden o.m. ook de notie 'samenwoning en partnerschap'. Deze noties hebben vooralsnog geen juridische invulling gekregen. Uit de toelichting bij het voorontwerp blijkt dat elke feitelijke buitenhuwelijkse tweerelatie wordt bedoeld. Inhoudelijk lijken de bepalingen inzake het aangaan van de relatie evenwel slechts betrekking te kunnen hebben op de wettelijke samenwoning. Ook is niet bepaald welke instantie bevoegd is om de relatie te ontbinden. Eveneens in deze zin: Advies Raad van State, *l.c.*, 227.

<sup>433</sup> Advies Raad van State, 137.

<sup>434</sup> "zich gedurende enige tijd" gevestigd hebben "waarbij inzonderheid rekening gehouden wordt met omstandigheden van persoonlijke of professionele aard die wijzen op het bestaan van duurzame banden tussen die persoon en zijn verblijfplaats" (eigen cursivering van onduidelijke

woonplaats in België te betreffen. Uit niets blijkt nochtans dat expliciet is geopteerd voor dergelijke beperking.

**186.** De bepaling inzake ‘voorrangsregels’<sup>435</sup> van art. 15 is ruim en onduidelijk geformuleerd. Naast afwijkingen die op de inhoud zijn gesteund - materiële afwijkingen via het *lex specialis*-beginsel - worden ook rechterlijke afwijkingen toegelaten, met name als de rechter meent dat een Belgische wet ‘wegens zijn kennelijke strekking’ het geval dwingend beheerst. Dergelijke situatie noemt de Raad van State terecht wankel: de rechter moet zelf de criteria bepalen op grond waarvan hij de werkingssfeer van een wet afbakt en er een bijzonder toepassingsgebied uit afleidt, en op grond waarvan hij vervolgens mogelijk beslist om de verwijzingsregel af te wijzen<sup>436</sup>. Dit geeft onvermijdelijk aanleiding tot een ruime casuïstiek en handhaaft de huidige rechtsonzekerheid<sup>437</sup>.

Om dezelfde reden is het van belang om waakzaam te zijn bij een toepassing van de exceptie van openbare orde.

De noodzakelijke ruimte die de rechter gelaten moet worden om geval per geval te beoordelen, mag niet op onevenredige wijze de rechtsonzekerheid doen toenemen.

**187.** We sluiten ons niet aan bij de opvatting van de Raad van State<sup>438</sup> dat het proximitéitsbeginsel, vorm gegeven door de ‘uitzonderingsclausule’ van art. 16 van het voorontwerp, behouden in het voorliggende wetsvoorstel, de rechter een té ruime beoordelingsbevoegdheid zou geven om aan te knopen bij een andere rechtsorde waarmee een nauwere band bestaat<sup>439</sup>. Naar onze mening is het uitzonderingskarakter van de ‘uitzonderingsclausule’ voldoende duidelijk aangegeven.

Ook de bemerking van de Raad van State dat de Memorie van toelichting met zijn verwijzing voor het personeel statuut naar het “rechtskader waarin die persoon is geïntegreerd”, niet uitsluit dat bij een oordeel daarover de ‘ideologische verleiding’ het zou halen op aandacht voor de ‘reële band’<sup>440</sup>, lijkt ons wat ver gezocht. De bepaling kadert mooi in de overwegende proximitéitsbenadering van het voorstel<sup>441</sup>.

---

formuleringen).

<sup>435</sup> Volgens de Raad van State, Advies nr. 29.210/2, 181, beter te benoemen als ‘bepalingen van bijzonder dwingend recht’, in de termen van art. 7 verdrag van Rome.

<sup>436</sup> Advies Raad van State, 183.

<sup>437</sup> Art. 7.2 Verdrag van Rome en art. 16 Zwitserse wet laten de rechter die ruimte niet. De Zwitserse regeling spreekt wel van ‘bijzondere strekking’, maar heeft het dan over de strekking van de afwijkende wetten.

<sup>438</sup> Advies Raad van State, 188.

<sup>439</sup> De toelichting bij het voorontwerp verwijst de rechter naar de ‘billijkheid en praktische toepassing’ om te kiezen tussen een aanknoping bij de nationale wet of bij de wet van de gewone verblijfplaats. Dergelijk criterium zegt niet meer dan dat er geen richtlijnen zijn: Advies Raad van State, 196.

<sup>440</sup> Advies Raad van State, 190.

<sup>441</sup> Het soevereiniteitsbeginsel blijft slechts t.a.v. multipatride Belgen primeren boven de proximitéitsbenadering. Art. 3 van het voorontwerp neemt de Belgische nationaliteit steeds voor,

Dit neemt niet weg dat ook wij ons de vraag stellen of de rechter überhaupt nog enige vrijheid moet worden gelaten om te bepalen met welk recht de nauwste band bestaat. Uit vroegere rechtspraak is reeds gebleken dat van het Hof van Cassatie ter zake geen uniformiserende tussenkomsten kunnen worden verwacht. Het Hof beperkt zich immers tot een marginale toetsing. Het gaat weliswaar na of uit de feiten geen gevolgtrekkingen afgeleid zijn die redelijkerwijze niet door die feiten kunnen worden verantwoord<sup>442</sup>. Die controle gaat evenwel niet zover dat het Hof zich zou uitspreken over de zwakte of de sterkte van de band die de situatie heeft met de betrokken rechtsordes. Hieruit blijkt dat de uitzonderingsclausule met de nodige voorzichtigheid moet worden gehanteerd, opdat de rechtszekerheid en bijgevolg het nut van een codificatie niet op de helling zouden komen te staan<sup>443</sup>.

**188.** Andere kritieken hebben betrekking op problemen die o.i. onvermijdelijk zijn en waar ook de huidige jurisprudentiële regeling en ons aanknopingsvoorstel niet aan tegemoetkomen. Vooreerst rijst de vraag of aan de notie 'gewone verblijfplaats' de voorwaarde kan worden gekoppeld dat de vreemdeling staat ingeschreven in het vreemdelingenregister. Vermoedelijk ligt een inschrijving binnen de verwachtingen van de opstellers van het voorontwerp en wetsvoorstel. Ook ons eigen aanknopingsvoorstel verstaat onder stabiel verblijf slechts legaal verblijf. Daartoe wordt normaal gezien meer vereist dan een loutere toelating tot het verblijf. Een vreemdeling die de intentie heeft om langer dan drie maanden in het Rijk te blijven, moet worden ingeschreven<sup>444</sup>.

De Raad van State meent dat het niet duidelijk is of een inschrijving effectief kan worden vereist opdat zou worden aangenomen dat het verblijf legaal is. Hij steunt zijn twijfels ter zake op Europese en Belgische regelgeving, die te kennen geven dat de feitelijke verblijfplaats kan volstaan, aangezien het aan de administratieve overheden zélf toekomt om de verblijfhouders op te sporen en te registreren<sup>445</sup>.

---

ongeacht of dat de meest effectieve nationaliteit is. De nationaliteitsaanknopning wordt niettemin in meerdere materies gereduceerd tot een subsidiaire aanknopingsregel en wordt daardoor vaak nog in tweede orde ondergeschikt aan de proximitéitsgedachte.

<sup>442</sup> Bv. Cass. 16 maart 1995, *Arr. Cass.* 1995, 319.

<sup>443</sup> Zie ook Advies Raad van State, 195-198. P. LAGARDE schrijft ook over de Zwitserse wet dat zich het bezwaar stelt "de l'incertitude et de l'imprévisibilité des solutions, vice majeur pour les juristes".

<sup>444</sup> Enerzijds geldt een verplichte inschrijving in het wachtregister of vreemdelingenregister (art. 12 Vreemdelingenwet), anderzijds gelden administratieve vormvoorschriften (art. 7 K.B. van 16 juli 1992 betreffende de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister).

<sup>445</sup> Regel 7 Resolutie Raad van Europa van 18 januari 1972 ("Résolution (72)1 du comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à l'unification des concepts juridiques de 'domicile' et de 'résidence'", *R.C.D.I.P.* 1973, 846) geeft aan dat de verblijfplaats van een persoon wordt bepaald door feitelijke criteria en niet mag afhangen van een machtiging tot verblijf. In de bespreking van art. 4 van het voorontwerp van I.P.R.-codex vermeldde de indieners expliciet dat de resolutie gevolgd wordt. De Raad van State betreurt dat ze, ondanks het belang van de kwestie van het verblijf, niet expliciet hebben vermeld wat onder 'verblijf' verstaan moet worden, bv. door een expliciete verwijzing naar de resolutie en het onderscheid tussen 'domicilie' en 'verblijf'. M.b.t. de inschrijvingsplicht stelt het K.B. van 16 juli 1992 dat indien de vreemdeling niet aan de plicht voldoet, de gemeente hem moet opsporen en aanmanen, en desnoods ambtshalve moet



Ook wordt in de toelichting bij het voorontwerp benadrukt dat louter rekening wordt gehouden met de feitelijke situatie en dat “de duur van het verblijf samen met een concentratie van de belangen van de persoon (...) doorslaggevende beoordelingselementen (vormen)”.

De Raad van State leidt hieruit af dat louter feitelijk verblijf volstaat voor een aanknoping bij het recht van de Verblijfsstaat<sup>446</sup>. De indieners kunnen met de term ‘feitelijk’ evenwel net zo goed bedoeld hebben dat recht op wettig verblijf niet volstaat, maar dat dat recht ook daadwerkelijk moet worden uitgeoefend.

In elk geval kan de stelling van de indieners dat “een definitie niet noodzakelijk is omdat het een concreet begrip betreft en de term gepaard gaat met een adjectief dat wijst op duurzaamheid”, worden tegengesproken door het zonet geïllustreerde argument dat “het zou strijdig zijn met de rechtszekerheid en het gelijkheidsbeginsel als die werkingssfeer niet objectief zou worden afgebakend op basis van een begrip dat voor iedereen op dezelfde wijze wordt beoordeeld. Het begrip ‘gewone verblijfplaats’ moet dus beslist abstract worden gedefinieerd en een gerechtelijke of andere overheid moet dus altijd over een zaak kunnen nadenken gelijk dat dient te geschieden om een rechtsregel toe te passen, namelijk door zich af te vragen of de concrete gegevens van een geval overeenstemmen met de noodzakelijkerwijze abstracte gegevens van het begrip dat in de rechtsregel wordt gebruikt om aan te geven in welke gevallen hij van toepassing is”<sup>447</sup>.

De Raad vervolgde in zijn advies dat teveel belang wordt gehecht aan de subjectieve geestesgesteldheid, de bedoeling van de betrokkene. Er moet geoordeeld worden a.h.v. een tijdspanne die voldoende lang is om te kunnen natrekken of een bepaald gedrag zich herhaalt. Met onze definiëring van ‘stabiel verblijf’ menen we aan deze doelstelling tegemoet te komen.

**189.** Bij de bespreking van het voorontwerp werd opgemerkt dat de vreemdeling de *bedoeling* moet hebben om zich te vestigen. De Raad van State merkte op dat een loutere bedoeling niet kan volstaan om ‘gewoon’ verblijf aan te nemen. Meer nog, een bedoeling *kan* hoe dan ook niet worden geleverd. De noties verblijfplaats en woonplaats onderscheiden zich net van elkaar doordat slechts een kwalificatie als woonplaats wordt ondergeschikt aan een bepaalde intentie. Deze intentie wordt vorm gegeven door een inschrijving in de

---

inschrijven. F. RIGAUX en M. FALLON (1987), I, nrs. 358-363: ze stellen zich de vraag en besluiten dat we in het I.P.R. van autonome begrippen moeten uitgaan, en niet de definiëring door art. 36 Ger.W. moeten overnemen. De regel van administratieve politie waarbij ‘résidant’ staat tegenover ‘domicilié’ zoals ‘permis de séjour’ staat tegenover ‘permis d’établissement’, moet niet doorgetrokken worden.

<sup>446</sup> Advies Raad van State, 141.

<sup>447</sup> Advies Raad van State, 148. Zie ook de kritieken van volgende auteurs op het voorstel: H. MUIR-WATT; F. RIGAUX (let op: Rigaux wil grote vrijheid rechter!). M. FALLON en M. VERWILGHEN, mondeling, studiedag U.C.L. brengen daar tegenin dat men vertrouwen moet hebben in de wijsheid van de rechtbank.

gemeentelijke registers<sup>448</sup>.

Wij pasten dit onderscheid impliciet toe bij de bepaling van ons aanknopingsmechanisme: vestiging wordt niet vereist, meer nog: volstaat niet steeds om 'stabiel verblijf' aan te nemen.

BATIFFOL en LAGARDE menen daarentegen dat de gewoonlijke verblijfplaats slechts een fragiele aanknopng ("fait fragile et peu significatif") biedt als er helemaal geen intentievereiste aan wordt verbonden<sup>449</sup>. Door ons voorstel om te werken met de notie 'stabiel verblijf' menen we gedeeltelijk aan deze kritiek tegemoet te komen. Een *intentie* biedt nog geen *garantie*. Langdurig verblijf of andere overtuigende banden, zoals een beroep op gezinshereniging bij een persoon met een stabiele verblijfspositie, vormen op zich reeds een aanwijzing van een nauwe relatie tot het recht van de Verblijfsstaat en scheppen onmiskenbaar een zeker vermoeden dat de betrokkene de intentie heeft om op duurzame wijze in de betrokken Staat te verblijven.

**190.** Voorts wierp de Raad van State op dat in het I.P.R. – i.t.t. het interne recht – moeilijk met een overgangsrecht kan worden gewerkt<sup>450</sup>. De burger wordt bij wijziging van zijn gewone verblijfplaats van de ene dag op de andere met een ander toepasselijk recht geconfronteerd. Dergelijk probleem rijst evenwel vandaag reeds bij de nationaliteitsaanknopng, met name bij de verwerving van een nieuwe nationaliteit met verlies van de eerste nationaliteit, of als de nieuwe nationaliteit behoort tot de rechtsorde die door de betrokkene wordt aangesproken, of effectiever blijkt te zijn dan de oorspronkelijke nationaliteit.

De rechter kan o.i. zowel in toepassing van het huidige I.P.R., als onder het wetsvoorstel (meer bepaald via de uitzonderingsclausule) een billijke overgangsregeling uitwerken. Ook bij de formulering van ons voorstel om aan te knopen bij het recht van de Staat van stabiel verblijf hebben we aangegeven dat verworven familiebanden mee in rekening moeten worden genomen bij een wijziging van de aanknopng. We staan zo dadelijk stil bij de I.P.R.-technieken die voor dergelijke inpassing kunnen worden gehanteerd.

**191.** Bepaalde auteurs wijzen op de mogelijke nadelen van het voorontwerp en wetsvoorstel tot codificatie. Het zou met zijn ruime waaier aan aanknopngen en technieken het huidige systeem van inertie, van gekristalliseerde uitspraken slechts bevestigen. Anderzijds zou de rechter tezeer worden beperkt in zijn mogelijkheden om te opteren voor de meest billijke oplossing<sup>451</sup>. Daarbij wordt verwezen naar o.m. het verbod, behoudens expliciete uitzonderingen, van

<sup>448</sup> Advies Raad van State, 149.

<sup>449</sup> H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), 11, wijzen erop dat het verblijfsbeginsel slechts in Haagse verdragen voorkomt inzake materies waar een dringende oplossing zich opdringt, bv. inzake alimentatie voor kinderen.

<sup>450</sup> Advies Raad van State, 126.

<sup>451</sup> O.m. A.E. VON OVERBECK, *The new Swiss codification of private international law*, Deventer, Kluwer, 1992, 21 p.; Advies Raad van State, 122.

*renvoi*<sup>452</sup>.

De uitzonderingsclausule<sup>453</sup> en de voorrangsregels (*règles d'application immédiate* of *règles spéciales d'applicabilité*<sup>454</sup>) bieden de rechter o.i. de nodige corrigeerruimte. Meerdere auteurs menen evenwel dat deze technieken het jurisprudentiële karakter van het I.P.R. in de praktijk zullen laten gedijen en dat de bestaande rechtsonzekerheid zal worden bestendigd<sup>455</sup>.

## C.5. DE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET ONDERZOEK

**192.** In het onderzoek blijft de nationaliteit nog op twee wijzen een belangrijke functie vervullen.

**193.** Enerzijds zullen we systematisch stilstaan bij de huidige invloed van nationaliteit in het verblijfsrecht en in het familierecht, evenals - op meer summiere wijze - in bepaalde andere rechtstakken. Zowel vormen van formele en materiële ongelijke behandeling als ongelijke behandeling inzake de toegang tot de Belgische nationaliteit zullen daarbij aan bod komen.

In deze toegangspoort hebben we reeds functioneel gebruik gemaakt van de bepalingen van het nationaliteitsrecht. In het verdere onderzoek gaan we daar op meer gedetailleerde wijze mee voort. Deze methode zal gaandeweg het onderzoek de stelling kracht bijzetten dat het nationaliteitsbeginsel nog moeilijk hanteerbaar is in het I.P.R.

**194.** Anderzijds blijven we voor vreemdelingen die nog geen stabiel verblijf in België hebben uitgebouwd, in een alternatieve aanknopingsregeling verwijzen naar de nationale wet. Ook op die wijze blijft de nationaliteit een rol vervullen in het onderzoek. Buitenlandse rechtsregels die betrekking hebben op het ontstaan van gezinsleven zullen worden getoetst aan hun hanteerbaarheid binnen de Belgische rechtsorde. Voor rechtsfiguren die naar Belgisch recht onbekend zijn, kan daarbij gebruik worden gemaakt van bepaalde 'inpassingstechnieken'<sup>456</sup>.

<sup>452</sup> Art. 17 voorontwerp van wet: "in de zin van deze wet en behoudens bijzondere bepalingen wordt onder het recht van een Staat de rechtsregels van die Staat verstaan met uitsluiting van de regels van het internationaal privaatrecht".

<sup>453</sup> Clause d'exception, gebaseerd op de Zwitserse IPR-code van 1987: "Het door deze wet aangewezen recht is uitzonderlijk niet van toepassing wanneer uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat het geval slechts een zeer zwakke band heeft met de Staat waarvan het recht is aangewezen en zeer nauw is verbonden met een andere Staat. In dit geval wordt het recht van deze andere Staat toegepast". De uitzonderingsclausule kan niet worden toegepast in materies waar rechtskeuze geldt (§ 2).

<sup>454</sup> In art. 15 § 1 voorontwerp van I.P.R.-wetboek omschreven als "bepalingen van het Belgische recht die, krachtens de wet of wegens hun kennelijke strekking, het geval dwingend beheersen ongeacht het door de verwijzingsregel aangewezen recht". § 2 verwijst naar de mogelijkheid om ook buitenlands voorrangsrecht toe te passen "rekening houdend met de aard en strekking ervan, alsmede met de gevolgen die uit de toepassing of niet-toepassing ervan zouden voortvloeien".

<sup>455</sup> M. VERWILGHEN, mededeling op studiedag UCL 18 april 2001, "Vers une codification du droit international privé".

<sup>456</sup> Over het belang van inpassing: o.m. J. MEEUSEN (1997), 182; H. BATIFFOL, "Actualité des

## HOOFDSTUK 4. I.P.R.-TECHNIEKEN OM GEZINSCONCEPTEN NAAR BUITENLANDS RECHT EEN PLAATS TE GEVEN BINNEN DE BELGISCHE RECHTSORDE, VOOR RECHTSSITUATIES DIE ZIJN ONTSTAAN VÓÓR DE INGANG VAN HET STABIELE VERBLIJF

### A. INLEIDING

**195.** De in het I.P.R. gehanteerde noties adaptatie (aanpassing), assimilatie, equivalentie en substitutie vervullen een centrale rol in ons onderzoek. We hebben reeds aangegeven dat het ons aangewezen lijkt om vreemdelingen die (nog) geen stabiele verblijfspositie in België hebben verworven, de kans te bieden om te opteren voor een voortgezette toepassing van hun nationale recht in meerdere personele materies. Dat zou bovendien steeds het geval zijn indien hun nationale recht voorafgaandelijk aan het verblijf in België hun personeel statuut beheerste. Nood aan aandacht voor buitenlandse gezinsconcepten en voor de wijze waarop we er best mee omgaan, vloeit daar logischerwijze uit voort. Ook t.a.v. vreemdelingen mét een stabiele verblijfspositie blijven bovendien naar ons voorstel buitenlandse gezinsconcepten een rol spelen, in de mate dat ze zich reeds vóór de verwerving van de stabiele verblijfspositie hebben gemanifesteerd in het familieleven van de vreemdeling. Ook al stellen we voor om vanaf de verwerving van een stabiele verblijfspositie Belgisch recht toe te passen op de staat van de persoon, de rechtsgevolgen van vroegere wijzigingen daarbinnen worden megedragen en moeten worden ingepast in elke wijziging van de staat die voortaan gebeurt in toepassing van Belgisch recht.

**196.** In beide hypotheses is een zekere flexibiliteit t.a.v. het buitenlandse gezinsconcept aangewezen. De mate waarin soepelheid is aangewezen, wordt bepaald door twee factoren, een territoriale en een inhoudelijke.

De territoriale factor geeft aan in welke mate de situatie binding vertoont met de Belgische rechtsorde. Hoe meer de situatie is ingebed in de Belgische samenleving, hoe strenger deze zich ter zake zal opstellen, aangezien de buitenlandse rechtsfiguur geen 'verre' bedreiging vormt, maar zich dicht bij de fundamenteën van onze samenleving nestelt en door de vele raakvlakken met onze rechtsorde deze fundamenteën rechtstreekser dreigt aan te tasten dan een 'toevallige passant' die nauwelijks sporen achterlaat<sup>457</sup>.

De inhoudelijke beïnvloedingsfactor wordt gevormd door de mate waarin de buitenlandse rechtsfiguur ons rechtsdenken shockeert. Om die mate te kunnen

---

intérêts du droit international privé", in K. ZWIGERT, *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1981, 27; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 62.

<sup>457</sup> Zie ook de verschillende invulling van de begrippen interne en internationale openbare orde.

beoordelen, is het van belang dat de buitenlandse rechtsfiguur wordt *ingepast* in ons rechtdenken. We kunnen slechts oordelen over het shockerende gehalte van een bepaling, als we deze juist plaatsen in zowel het geheel van het buitenlandse rechtsbestel als in het geheel van ons eigen rechtsbestel. Een regel staat nooit op zich. Omliggende bepalingen kunnen de invulling ervan sterk beïnvloeden, in een zin die de bepaling op zich al dan niet beter aanvaardbaar maakt.

**197.** Een situering van de bepaling in het geheel van de rechtsorde laat tevens toe om oog te hebben voor het risico dat een absolute weigering om de buitenlandse bepaling toe te passen *in casu* nefaste gevolgen zou hebben. Dergelijke gewaarwording kan rechtvaardigen dat bepaalde correcties worden doorgevoerd. We zullen deze bedenking concreet toepassen in de materie van polygamie, bepaalde huwelijksvoorwaarden en verstoting. Een polygaam huwelijk zonder meer nietigverklaren, bv. op vordering van de eerste echtgenote, schept niet alleen een hinkende rechtspositie voor de betrokkenen, maar laat de tweede vrouw bovendien vaak achter in een behoeftige toestand. Moet evenwel geen rekening worden gehouden met het feit dat het huwelijk in het land van herkomst rechtsgeldig is ontstaan? Kan niet overwogen worden, zeker bij goede trouw van de tweede vrouw, om haar niet enkel het voordeel van putatief huwelijk te verlenen, *i.e.* een behoud van alle reeds verworven huwelijksgevolgen, maar tevens aan haar toekomst te denken en haar eventueel, naar analogie van de regeling bij echtscheiding, een onderhoudsgeld toe te kennen?

De weigering van de Belgische rechter om een buitenlands huwelijk nietig te verklaren op grond van het middel dat geen bruidsgift werd bepaald noch betaald, staat er niet aan in de weg dat het huwelijk in het land van herkomst wél wordt nietigverklaard op die grond. Is het huwelijk op dat ogenblik nog niet geslachtelijk voltrokken, dan dreigt de vrouw zonder financiële middelen te vallen. Islamitische rechtsstelsels kennen geen onderhoudsregeling en de regeling die daar indirect een compensatie voor biedt, m.n. de betaling van een bruidsgift, is *in casu* niet uitgevoerd. Is het huwelijk geslachtelijk voltrokken, dan wordt de vrouw op haar woord geloofd: er zal een gift worden bepaald en uitbetaald. Zolang er evenwel geen geslachtsgemeenschap is geweest en dat ook niet onweerlegbaar kan afgeleid uit het feit dat de partners reeds alleen samen zijn geweest,<sup>458</sup> heeft ze geen enkele aanspraak op een bruidsgift. Het is goed mogelijk dat de vrouw en haar echtgenoot inwonen bij de ouders van de man, dat ze aparte kamers hebben, en dat de vrouw gedurende jaren het huishouden van haar schoonfamilie heeft beredderd. Voor deze jarenlange inzet zal ze geen enkele compensatie kunnen krijgen als het huwelijk, zoals gesteld, in het buitenland wordt nietigverklaard. Ook in België zal ze geen enkele rechtsgrond voor compensatie kunnen invoeren. De kans dat de nietigverklaring niet wordt erkend is klein, gezien de aandacht voor de internationale beslissingsharmonie. Het uitblijven van geslachtsgemeenschap zal in het nadeel van de vrouw spelen.

---

<sup>458</sup> Dit feit volstaat naar o.m. Marokkaans recht om een onweerlegbaar vermoeden van geslachtelijke huwelijksvoltrekking in te stellen.

Hetzelfde probleem rijst in geval een moslimhuwelijk in het buitenland rechtsgeldig zou zijn ontbonden zonder dat daarbij een uitspraak is gedaan over het saldo van de bruidsgift. Dat saldo komt normaal gezien aan de vrouw toe. Rijzen evenwel problemen m.b.t. de uitbetaling ervan en spreekt de vrouw de Belgische rechter hierover aan, dan weigert deze mogelijk op haar verzoek in te gaan omdat de regel van de bruidsgift in strijd zou zijn met de BIPOO, m.n. met het beginsel van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon. De vrouw komt mogelijk zonder middelen op straat te staan. Was ze in België uit de echt gescheiden, dan zou haar in dezelfde situatie waarschijnlijk wél een onderhoudsuitkering zijn toegewezen, op grond van haar behoefte en het gegeven dat ze zelf geen schuld had aan de echtscheiding. Bij de erkenning van een buitenlandse huwelijksontbinding gaat de rechter in toepassing van art. 570 Ger. W. na of de rechten van de verdediging zijn geëerbiedigd in de loop van het buitenlandse echtscheidingsproces. Daarbij wordt evenwel niet systematisch nagegaan of de vrouw een onderhoudsuitkering werd toegekend. Werd tijdens het proces in het buitenland met geen woord over haar financiële toestand gerept, bv. omdat de vrouw ervan uitging dat de bruidsgift haar achteraf wel zou worden uitbetaald, dan rijst de vraag niet naar een mogelijke voorziening in haar onderhoud. De echtscheiding zal daardoor niet verdacht lijken voor de Belgische rechter, wat wél het geval kan zijn indien een onderhoudsvordering expliciet wordt afgewezen door de buitenlandse rechter. In het kader van een vordering tot uitbetaling van de bruidsgift, moet de rechter daarom o.i. een correctie uitvoeren en een onderhoudsgeld toekennen, in de omstandigheden en in de mate waarin dat billijk is.

Dezelfde bedenking rijst in de hypothese dat de buitenlandse echtscheidingsrechter wél expliciet stelt dat de bruidsgift moet worden uitbetaald, maar waarbij de man deze verplichting niet uitvoert en de vrouw bij aankomst in België de Belgische rechter verzoekt om ofwel deze uitvoering te bevelen ofwel de echtscheiding ongeldig te verklaren. De laatste optie zal worden verkozen door de rechter die de bruidsgift strijdig bevindt met de BIPOO. Een ongeldigverklaring van de echtscheiding laat de vrouw toe om een nieuwe vordering tot echtscheiding in te stellen, ditmaal naar Belgisch recht, met expliciet verzoek tot toekenning van een onderhoudsuitkering. Een andere oplossing bestaat erin om, zoals gesuggereerd, de regeling van de bruidsgift te adapteren aan de Belgische onderhoudsregeling.

**198.** Met de genoemde voorbeelden hebben we het belang willen illustreren van een juiste situering van een buitenlandse rechtsfiguur in ons interne rechtsbestel. Of het er nu om gaat de toepassing ervan te weren, of daarentegen bepaalde rechtsgevolgen ervan toe te laten, een juiste situering in de oorspronkelijke rechtsorde is een eerste vereiste. Deze vereiste is deels verwoord in de bepaling<sup>459</sup> dat het buitenlandse recht moet worden toegepast zoals het op die plaats (de oorspronkelijke rechtsorde, als een geheel) en op dat

<sup>459</sup> M. FALLON, noot onder Cass. 18 juni 1993, *R.G.A.R.* 1994, nr. 12366.

tijdstip geldt. De tweede vereiste, een juiste situering van de gevolgen die een toepassing ervan in de Belgische rechtsorde zouden ressorteren, is ingegeven door de concrete omstandigheden van het geval: de buitenlandse rechtsfiguur wordt door de Belgische rechter toegepast op een rechtssituatie die minstens enkele raakvlakken vertoont met de Belgische rechtsorde. A.h.v. een studie van de inhoud van de buitenlandse bepaling moet gezocht worden naar een *inpassing* ervan in ons recht<sup>460</sup>. In een derde stap moet worden nagegaan of de gekozen *inpassing* naar haar gevolgen verenigbaar is met de BIPOO.

**199.** Mogelijk kan deze techniek van *inpassing* bevoogdend lijken en stuiten op de kritiek dat er afbreuk mee wordt gedaan aan de eigenheid van het buitenlandse recht. Op dergelijke kritiek willen we anticiperen door erop te wijzen dat de *inpassing* louter een techniek is om de Belgische overheid (rechter en ambtenaar van de burgerlijke stand) in België toe te laten te oordelen over een rechtssituatie die hier ontstaat of die hier rechtsgevolgen ressorteert. We oordelen niet over de inhoud van het buitenlandse recht<sup>461</sup>. We bepleiten slechts dat een buitenlandse rechtsfiguur, die door de betrokkenen zelf wordt ingeroepen<sup>462</sup>, op zodanige wijze wordt toegepast dat hij werkzaam is in ons rechtsbestel<sup>463</sup>. Daarbij moet aandacht uitgaan zowel naar de inhoud van de wet, als naar de instanties die voor de implementatie van de bepaling worden aangeduid (*cf. infra*). Steeds moet erover worden gewaakt dat geen manipulaties gebeuren om de band met het nationale recht te vervagen<sup>464</sup>.

De technieken vormen een alternatief voor het volledig overdoen van buitenlandse rechtshandelingen, zoals bv. in Nederland gebeurt met de adoptie-dubbelpop<sup>465</sup>.

<sup>460</sup> J. MEEUSEN (1997), 182; H. BATIFFOL, "Actualité des intérêts du droit international privé", in K. ZWIEGERT, *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1981, 27; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 62.

<sup>461</sup> Zulks wordt expliciet verboden bij o.m. de hantering van de exceptie van openbare orde: m.b.t. adoptie en afwijking van het Nederlandse adoptieverbod t.a.v. meerderjarigen: Antwerpen 12 juni 1996, AR 1995/EV/52, *onuitg.* Zie ook m.b.t. de bepalingen van het E.V.R.M.: Hof Mensenrechten 7 juli 1989, arrest-Soering, Serie A, nr. 161, § 33: het verdrag heeft een territoriale werkingssfeer, waardoor een Verdragsstaat geen zeggenschap heeft over de inhoud van het recht van een niet-Verdragsstaat. Zie ook Rb. Brussel 28 mei 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 603 (m.b.t. verstoting). Zie ook H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), 575; DICEY en MORRIS (2000), 90; J. ERAUW (1985), 117; A. HEYVAERT (1995), 13; J. MEEUSEN (1997), 279; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 348; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 170; VON BAR (1987), 541; N. WATTE (1989), 100-102; WENGLER (1981), 79.

<sup>462</sup> In de praktijk zal het niet vaak voorkomen dat een Belgische rechter zelf de toepasselijkheid van een buitenlandse rechtsfiguur opwerpt. De inhoud van de buitenlandse wet (of het gewoonterecht) wordt door de partijen zelf bewezen.

<sup>463</sup> O.m. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1997, § 34.

<sup>464</sup> Over het risico daarop: V. VAN DEN EECKHOUT, "Thuisbrengen van een op drift geraakte rechtsverhouding. Buitenlandse rechtswaarden in het personen- en familierecht", in M.-C. FOLETS, B. HUBEAU en S. PARMENTIER, *Migranten kleuren het recht in. Over de bijdrage van nieuwe minderheden tot het recht*, Leuven, Acco, 1997, 175; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-ipr*, Deventer, Kluwer, 1985, 5, heeft het over de "kreatie van fantasie recht".

<sup>465</sup> Bepaalde auteurs menen dat dergelijke aanpak is aangewezen, omdat de adaptatie-oefening onvermijdelijk tot manipulatie van het buitenlandse recht zou leiden: NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, III, Paris, Sirey, 1944, nr. 948. O.m. C. PAMBOUKIS (1993), 193-195,

200. De genoemde technieken vinden vandaag niet enkel toepassing in de rechtspraak. Ook het Kinderbeschermingsverdrag<sup>466</sup>, dat België evenwel vooralsnog niet bindt, en de eerste drie artikelen van het Voogdijverdrag<sup>467</sup>, verwijzen er expliciet naar.

De technieken vinden tevens steun bij Duitse<sup>468</sup>, Nederlandse<sup>469</sup> en Franse<sup>470</sup> auteurs.

## B. ADAPTATIE

### B.1. ADAPTATIE IN HET BELANG VAN DE WERKZAAMHEID VAN EEN BUITENLANDSE RECHTSBEPALING IN DE BELGISCHE RECHTSORDE

201. Bestaat de instantie die door een buitenlandse rechtsbepaling wordt aangewezen als bevoegde autoriteit om een bepaalde rechtshandeling te stellen, niet naar Belgisch recht, of draagt hij naar Belgisch recht niet dezelfde bevoegdheid, dan gaan we na welke instelling naar Belgisch recht de grootste equivalentie kent, om de buitenlandse rechtsbepaling alsnog werkzaam te maken. Deze *adaptatietechniek* werd in het verleden o.m. reeds gehanteerd ter dispensatie van de huwelijksvoorwaarde van de huwbare leeftijd. Dispensatie

---

meent daarentegen: "l'adaptation opère un réajustement des effets, sans modifier la teneur de la norme". Bv. bij adoptie kan de buitenlandse rechtsfiguur worden geadapteerd aan de meest verwante adoptievorm (daarbij: vooral aandacht voor de doelstelling die de buitenlandse rechter had bij de instelling van de adoptie), i.p.v. naast de eigen gewone en volle adoptie nog een derde categorie toe te voegen (cf. Grieks recht: art. 1568-1588 Grieks B.W.), wat als gevolg heeft dat de homogeniteit van de eigen rechtsorde in het gedrang komt.

<sup>466</sup> H. BATIFFOL, "Le pluralisme des méthodes en droit international privé", *Rec. Cours* 1973, nr. 139, 87; L.I. DE WINTER, "Nationality or domicile?", *I.c.*, 441-442; M. FERID, "Die 9. Haager Konfeenz", *RabelsZ.* 1962-63, 441; Y. LEQUETTE, "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", *Rec. Cours* 1994, nr. 246, 59 e.v.; W. RIPHAGEN, "The relationship between Public and Private law and the Rules of Conflict of Laws", *Rec. Cours* 1961, nr. 102, 254; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlandse internationale privaatrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1995, 136.

<sup>467</sup> Wél bindend in de Belgische rechtsorde: Brussel 14 februari 1957, *Rev. prat. not.* 1958, 299; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 26-28 en 214-215; W. VON STEIGER, "La protection des mineurs en droit international privé", *Rec. Cours* 1964, nr. 112, 493.

<sup>468</sup> H. DOLLE, "Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit", *RabelsZ.* 1962-63, 227; A. HELDRICH, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, Berlin, Walter de Gruyter, 1969, 200-202; Y. LEQUETTE, "Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales", *Rec. Cours* 1994, nr. 246, 108-109; P.H. NEUHAUS, "Neue Wege im europäischen internationalen Privatrecht", *RabelsZ.* 1971, 419; CHR. VON BAR, *Internationales Privatrecht I*, München, Beck, 1987, 353, noot 430.

<sup>469</sup> O.m. J. OFFERHAUS, *Aanpassing in het internationaal privaatrecht*, Amsterdam, Noord-Holland, 1963, 39 p.; A.P.M.J. VONKEN, "Assimilatieproblemen op het terrein van het internationaal privaatrecht. Twee praktijkgevallen", *N.I.P.R.* 2000, 296-297.

<sup>470</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959, nr. 205; P. LALIVE, "tendances et méthodes en droit international privé", *Rec. Cours* vol. 155, 1977, II, 246.



werd tot 1990<sup>471</sup> door de Koning verleend. Meerdere rechters lieten toe dat dat eveneens op het niveau van de uitvoerende macht, zij het dan in hoofde van de minister van Justitie, gebeurde als de nationale wet van de huwelijkskandidaat nochtans de Italiaanse rechter als enige bevoegde instantie aanwees<sup>472</sup>. Ook in andere materies toont de Belgische I.P.R.-rechter zich bereid om de buitenlandse rechtsregel aan te passen en staat hij toe dat een vereiste toestemming wordt verleend door de Belgische instantie die naar Belgisch recht in de materie bevoegd is, bv. de rechter i.p.v. de door het buitenlandse recht aangewezen minister<sup>473</sup>. Dergelijke functionele aanpassing werkt de internationale beslissingsharmonie in de hand, zonder inbreuk te plegen op fundamentele beginselen<sup>474</sup>.

<sup>471</sup> Art. 8 Wet 19 januari 1990, B.S. 30 januari 1990.

<sup>472</sup> Rb. Luik 12 november 1976, *J.T.* 1977, 24; Rb. Tongeren 19 april 1978, *onuitg.* (aangeh. in A. HEYVAERT (1989), 169). Na verloop van tijd bevond de Belgische rechter zichzelf bevoegd en werd de Belgische bevoegdheidsregel geadapteerd aan de vreemde wet: Rb. Charleroi 30 juni 1977, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 278, noot G. HIERNAUX; Rb. Brussel 14 mei 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 83; Rb. Brussel 4 september 1981, *J.T.* 1982, 361. Deze uitspraken werden oorspronkelijk bekritiseerd: A. HEYVAERT (1989), 169; F. RIGAUX, *Traité de droit international privé, II*, Brussel, Larcier, 1979, nr. 789 en II (1993), nr. 829; J. ERAUW (1985), 151-152.

<sup>473</sup> Zie o.m. F. RIGAUX, *Traité de droit international privé, I*, Brussel, Larcier, 1977, nr. 201.

<sup>474</sup> Zie ook: Rb. Rotterdam 12 december 1977, *aangeh.* door P.H.M. HOOGHENBERGH, "Huwelijksbevoegdheid en huwelijksbeletsel van en bij vreemdelingen", *N.J.B.* 1978, 342 (de huwelijksbevoegdheid van een uit de echt gescheiden *Italiaan* in het buitenland wordt bewezen door een verklaring van de Italiaanse consul. Die verklaring wordt evenwel pas afgegeven na beslissing van de daartoe bevoegd verklaarde Italiaanse rechter in een *delibazione* procedure waarin de voorgaande echtscheiding van de man wordt erkend. De Nederlandse rechter verklaarde de man zonder meer huwelijksbevoegd. Zie ook: Rb. Alkmaar 1 februari 1968, *HPS* 1968, 91; Rb. Dordrecht 2 februari 1972, *WPNR* 1974, 57; Rb. Amsterdam 3 december 1973, *aangeh.* door P.H.M. HOOGHENBERGH, *I.c.*, 342. Strengere rechtspraak plaatste zich in de plaats van de Italiaanse *delibazione* rechter en oordeelde of die de betrokkene huwelijksbevoegd zou verklaren: Rb. Arnhem 10 januari 1974, *N.J.* 1974, 122; Rb. Arnhem 12 februari 1976, *N.J.* 1976, 446; Rb. Den Haag 21 oktober 1974, *N.J.* 1975, 69; Rb. Rotterdam 3 maart 1975, *aangeh.* door P.H.M. HOOGHENBERGH, *I.c.*, 342; Rb. Amsterdam 5 oktober 1976, *N.J.* 1977, 272; Rb. Amsterdam 30 november 1976, *N.J.* 1977, 273.

*Contra*: Rb. Luik 12 november 1976, *J.T.* 1977, 211; Jeugdrrb. Tongeren 19 april 1978, *J.T.* 1977, 211; Rb. Utrecht, 15 oktober 1973, *aangeh.* door P.H.M. HOOGHENBERGH, *I.c.*, 342; J. DE CEUSTER en S. REICH, "Kroniek i.p.r.", *R.W.* 1978-79, 2588; J. ERAUW (1985), 152; A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht, een Inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 119; F. RIGAUX en M. FALLON, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 1993, 210. Inzake adoptie: Rb. Charleroi 5 april 1957, *J.T.* 1958, 61, noot J. CANIVET (onmogelijkheid om de Franse bepaling toe te passen die de Franse homologatierechter de bevoegdheid verleent om in de adoptie toe te stemmen van een kind dat onder het gezag staat van een welzijnsorganisatie of een derde. De Belgische rechter is niet gemachtigd om dergelijke toestemming te geven. Aangezien er geen adoptieakte kan worden opgesteld, kan geen homologatie plaatsvinden); gedeeltelijk: Jeugdrrb. Charleroi 25 oktober 1974, *J.T.* 1975, 443 (weigering om t.a.v. de biologische moeder adoptie toe te staan, aangezien ze daartoe niet over de naar Frans recht vereiste presidentiële dispensatie beschikte; wel toelating van adaptatie t.a.v. haar nieuwe Italiaanse echtgenoot waardoor hij de kinderen kon wettigen door adoptie, terwijl zijn echtgenote niet in staat was om mee te adopteren en het huwelijk nog geen vijf jaar bestond), bekritiseerd door o.m. J. ERAUW, F. BOUCKAERT, e.a., "Overzicht van rechtspraak (1965-1984)", *T.P.R.* 1984, 1417; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 210.

## B.2. ADAPTATIE NAAR DE INHOUD VAN DE WET OM DE SOCIALE DOELSTELLING VAN DE WETGEVER TE VERWEZENLIJKEN

### B.2.A. BEGINSEL

**202.** De adaptatieleer wordt tevens ingeroepen als er een hiaat is tussen twee rechtsordes die elk een regeling bepalen om hetzelfde doel te bereiken, maar waarbij geen van beide daarin slagen door een 'ongelukkige' werking van de *dépeçage*<sup>475</sup>. Het gaat om situaties waarbij niet de inhoud van de regelingen, noch de concrete situatie, maar de werking van de Belgische verwijzingsregel verhindert dat het door beide wetten beoogde doel wordt bereikt<sup>476</sup>. In dergelijke situatie waarbij beide wetten naar de geest overeenstemmen, beslist de rechter de adaptatietechniek toe te passen, om de ongewenste hindernis van het I.P.R. te omzeilen.

**203.** Adaptatie wordt beschouwd als een actief gevolg van de werking van de openbare orde. Deze streeft ernaar om buitenlandse, ons onbekende instituten in ons recht doorgang te doen vinden op een aanvaardbare manier<sup>477</sup>, m.n. mits de rechtsfiguur voldoende is aangepast aan de internationale situatie<sup>478</sup>. Het is logisch dat in een internationale context een buitenlandse rechtsfiguur hulp kan gebruiken voor die aanpassing, opdat hij zou worden ingepast in de internationale context, "pour l'habiller à la mode du for"<sup>479</sup>.

Dat neemt niet weg dat het Belgische recht blijft uitgaan van de gelijkwaardigheid van de buitenlandse wet<sup>480</sup>. Het aangepaste karakter moet daarom in grote mate uit de buitenlandse wet zelf voortvloeien. De Belgische rechter is niet bevoegd om vrij, zonder zich daartoe op buitenlandse rechtspraak te steunen, te bepalen welke de doelstellingen van de buitenlandse wetgever zijn geweest. Een wetsinterpretatie mag immers niet voornamelijk ingegeven zijn door de bekommernis om het recht te plooien naar het eigen concept ter zake van het *forum*. Dat gebeurde nochtans reeds meermaals in de materies van adoptie<sup>481</sup> en

<sup>475</sup> O.m. J. KROPHOLLER, o.c., § 34 IV, 217.

<sup>476</sup> O.m. M. FALLON, "La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales?", *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 138.

<sup>477</sup> P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Luik, Faculté de droit, 1978, 78; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959, nr. 205; P. LALIVE, "Tendances et méthodes en droit international privé", *Rec. Cours* vol. 155, 1977, II, 246.

<sup>478</sup> M. FALLON, "La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales?", *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 139-140; G. CANSACCHI, "Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois", *Rec. des Cours* 1953, vol. 83, II, 115 en 144; H. LEWALD, "Règles générales de conflits de lois", *Rec. des Cours* 1939, III, nr. 58; F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Brussel, Larcier, 1956, nr. 258.

<sup>479</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959, nr. 205; in gelijkaardige zin: P. GRAULICH, *Principes de droit international privé: conflit de lois, conflit de juridictions*, Paris, Dalloz, 1961, nr. 222.

<sup>480</sup> Cass. 9 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 159, concl. Adv.-gen. Krings, *R.C.J.B.* 1982, 8, noot F. RIGAUX.

<sup>481</sup> Jeugdrb. Luik 17 juni 1974, *J.L.* 1974-75, 14; Rb. Brussel 24 juni 1966, *Rev. prat. Not.* 1967,

echtscheiding<sup>482</sup> (cf. *infra*). Dergelijke handelswijze staat gelijk met de creatie van een materieelrechtelijke I.P.R.-regel en is strijdig met art. 344 B.W., met de wet-Rolin of, naargelang van de concrete situatie, met een andere bepaling van het internationaal privaatrecht. Adaptatie is op die manier reeds meermaals op onaanvaardbare wijze toegepast in materies waar de buitenlandse wetgever zich strenger opstelde dan de Belgische wetgever, en er geen gerechtvaardigde grond was om de toepassing van het buitenlandse recht in het licht van de BIPOO af te wijzen<sup>483</sup>. De techniek leidt vaak tot eenzelfde resultaat als een toepassing van de BIPOO-exceptie: de normaal toepasselijke wet wordt aan de kant geschoven voor een aanpak (adaptatie) die wordt gespiegeld aan de Belgische interne regel in de materie. Zijn er voldoende gronden om de exceptie in te roepen, dan moet dat uit eerbied voor de buitenlandse wetgever worden verkozen boven een oneigenlijk gebruik van de adaptatietechniek. Zijn er geen voldoende gronden en laat de geest van de buitenlandse wet adaptatie niet toe, dan moet ook deze laatste techniek achterwege worden gelaten<sup>484</sup>. Het is niet de bedoeling dat de Belgische rechter zelf een nieuwe invulling gaat geven aan de buitenlandse rechtsbepaling<sup>485</sup>.

**204.** We willen hiermee beklemtonen dat ook wij, in de geest van het I.P.R., beogen de adaptatie slechts uitzonderlijk als techniek van rechtsschepping te hanteren. De geloofwaardigheid van de techniek ligt volledig in handen van een voorzichtige hantering ervan. Uit I.P.R.-rechtspraak en –rechtsleer leiden we af dat adaptatie tot op vandaag slechts algemeen aanvaard wordt als correctiemechanisme bij een problematische *dépeçage*<sup>486</sup> of als een buitenlandse rechtsfiguur in België niet zou kunnen worden toegepast, louter omdat een beroep wordt gedaan op een instelling die in de Belgische rechtsorde niet

---

94, noot S. MOUREAUX; F. RIGAUX, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 1968, nr. 157; J. MEEUSEN (1997), nr. 395-397; A. HEYVAERT (1995), 140, noot 309.

<sup>482</sup> K. LENAERTS (1986), 1900; M. FALLON (1988), 213.

<sup>483</sup> O.m. R. VANDER ELST, *Règles générales des conflits de lois dans les différentes matières de droit privé*, Brussel, Larcier, 1977, nr. 117.3 en *Droit international privé belge*, I, Brussel, Bruylant, 1983, nr. 80.4, waarschuwt reeds vroeg voor het risico op dergelijk misbruik van de adaptatietechniek.

<sup>484</sup> Cass. fr. 29 juli 1929, arrest-Drichemont, *Sirey* 1930, 1-20; P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1998, nr. 259, lijkt in dat kader nochtans wél dergelijke techniek te bepleiten, die hij benoemt als 'substitutie'. Mayer stelt dat de rechter die er niet in slaagt om twee concurrerende wetten aan elkaar aan te passen, kan beslissen om ze te substitueren door de *lex fori*. Deze techniek getuigt o.i. van een ongerechtvaardigd nationalisme en neigt aanleiding te geven tot overhaaste assimilaties. In deze laatste zin ook: F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, II, aspects comparatifs et internationaux*, Paris, Economica, 1994, nr. 446; M. FALLON, "La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales?", *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 136.

<sup>485</sup> *Contra*: S. VRELLIS, "Überlegungen betreffend die Auslegung fremder Rechtsnormen", in J. BASEDOW e.a. (ed.), *Privatrecht in der internationalen Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag/Zürich, 2000, 829-841, is het niet eens met de opvatting dat het recht moet worden toegepast zoals het in de betreffende rechtsorde geldt. De buitenlandse regel verstoort vaak de harmonie van de rechtsorde van het forum. Adaptatie van de betekenis die aan de regel wordt verleend, is daarom vaak nodig. Hierdoor ontstaat soms een 'nieuwe' regel. Controle blijft evenwel mogelijk op het niveau van het Hof van Cassatie.

<sup>486</sup> W. WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *R.C.D.I.P.* 1963, 503-504.

bestaat<sup>487</sup>. Wij gaan in ons onderzoek na of niet in verdergaande mate dan tot nog toe gebeurde, rekening kan worden gehouden met een moeilijke verenigbaarheid *in concreto* van het Belgische en het buitenlandse recht, als de situatie die er normaal gezien uit voort zou vloeien voor beide betrokken rechtsordes ongewenste gevolgen heeft en de twee rechtsfiguren minstens enige gelijkenissen vertonen<sup>488</sup>. Enkele verwijzingen naar dergelijke situaties zitten reeds vervat in de onderstaande bespreking die we hierna geven van toepassingen van de techniek in de materies van adoptie en huwelijk.

## B.2.B. TOEPASSINGEN VAN DE ADAPTATIETECHNIEK INZAKE HUWELIJK

205. Meerdere auteurs<sup>489</sup> hebben in de materie van het huweliksrecht ingestemd met een *adaptatie van de verwijzingsregel* om de onmogelijkheid voor een Spaans-Belgisch koppel om in België een eind te maken aan hun huwelijk, door echtscheiding of door nietigverklaring, terwijl zowel het Belgische als het Spaanse interne recht één van beide rechtshandelingen toelieten, te verhelpen<sup>490</sup>. I.t.t. de Spaanse man kon de Belgische vrouw *in casu* geen vordering tot nietigverklaring van het huwelijk instellen, op grond van het gegeven dat de Spanjaard als katholiek was gehuwd met haar, terwijl zij voorheen reeds uit de echt gescheiden was. Deze nietigheidsgrond bestaat slechts naar Spaans recht. Ook een echtscheiding kon ze niet bekomen, aangezien dat onmogelijk was naar Spaans recht. De rechter besloot dat het verbod van zowel echtscheiding als nietigverklaring en het voorbehoud van de enige mogelijkheid om het huwelijk te ontbinden aan de man, m.n. door nietigverklaring in Spanje op zijn verzoek, strijdig was met de BIPOO en een discriminatie op grond van geslacht vormde. De rechter liet de vrouw toe de nietigverklaring van het huwelijk te bekomen in toepassing van de Spaanse wet en adapteerde daartoe de verwijzingsregel.

Meerdere auteurs<sup>491</sup> menen dat het gepaster was geweest om de adaptatie in het voordeel van de Belgische wet te laten spelen en echtscheiding toe te laten in toepassing van de *lex fori*. Een nietigverklaring op grond van het beletsel om te huwen met een uit de echt gescheiden persoon is bovendien strijdig met art. 12 E.V.R.M. en mag daarom niet worden erkend en *a fortiori* niet worden toegestaan

<sup>487</sup> A. HEYVAERT (1995), 140-141.

<sup>488</sup> Vergelijk met de verschillende vormen van functionele equivalentie die J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1997, § 33 II, onderscheidt, en meer bepaald met de zwakste derde vorm: reguläre (bij volledige congruentie) equivalentie, überbrückende equivalentie (bij een overeenstemming die niet volledig is, maar wel de grond van het recht betreft) en umdeutende equivalentie (equivalentie waarbij een incongruente buitenlandse rechtsfiguur minstens gedeeltelijk de rechtsgevolgen wordt toegekend van de rechtsfiguur waarmee een deel ervan overeenstemt).

<sup>489</sup> B. ANCEL en Y. LEQUETTE, noot onder Cass. fr. 22 juni 1955 (arrest-Caraslanis), in B. ANCEL en Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 1992, 236 en L. PALSSON (1974), 317.

<sup>490</sup> Brussel 14 december 1955, *Rev. trim. dr. fam.* 1956, 105.

<sup>491</sup> G. VAN HECKE en F. RIGAUX, "Examen de jurisprudence (1953 à 1960). Droit international privé. Conflit de lois", *R.C.J.B.* 1961, 370.

in België<sup>492</sup>. Ook kan niet worden uitgesloten dat de Spaanse I.P.R.-rechter de echtscheiding zou hebben erkend en dat een hinkende rechtspositie ook met een echtscheiding zou zijn vermeden. Een verbod van echtscheiding naar intern recht houdt niet noodzakelijk in dat elke echtscheiding die is ontstaan in het buitenland wordt afgewezen en niet wordt erkend in Spanje, te meer nu er *in casu* twee gronden waren om naar Spaans recht het huwelijk evenmin te laten voortbestaan, m.n. nietig te verklaren.

**206.** Een voorzichtige hantering van de adaptatietechniek hoeft niet te beletten dat een aanpassing van het materiële recht als dusdanig in bepaalde situaties wordt toegestaan<sup>493</sup>. We illustreren dit a.h.v. de materie van het polygame huwelijk. Worden de gevolgen van een polygaam huwelijk dat in het buitenland is aangegaan, verenigbaar bevonden met onze BIPOO, en hebben (hadden) de nationaliteitsgemengde partners hun eerste gezamenlijke verblijfplaats in een Staat waarvan de rechtsorde een monogame huwelijksopvatting hanteert, dan worden zij in toepassing van de Belgische I.P.R.-regel onderworpen aan een daarop geïnspireerde getrouwheidsplicht en samenwoningsplicht. De personele wet en de wet die de genoemde plichten oplegt<sup>494</sup> botsen, terwijl beide de wettigheid van het huwelijk (of van bepaalde rechtsgevolgen ervan) erkennen. Via de adaptatietechniek zal de invulling van de betreffende huwelijksplichten daarom worden aangepast aan de concrete situatie en slechts gelden met betrekking tot derden t.a.v. het polygame huwelijk<sup>495</sup>. Deze aanpassing leidt vaak tot hetzelfde resultaat als de toepassing van het personele recht van de polygame man.

Een gelijkaardige aanpassing werd reeds vroeg gehanteerd, m.n. door de Franse rechter in het arrest-Chemouni, in de materie van het onderhoudsrecht. Is de eerste gemeenschappelijke verblijfplaats gelegen in een land met polygaam gezinsconcept of hebben beide echtgenoten dezelfde nationaliteit<sup>496</sup>, dan past de rechter de *lex fori* toe, zodat een onderhoudsuitkering kan worden afgedwongen in het kader van een feitelijke scheiding.

In dezelfde zin zou aan een adaptatie van de onderhoudsregeling en de bruidsgiftregeling kunnen worden gedacht.

<sup>492</sup> De rechter in hoger beroep heeft evenwel besloten dat dit beletsel niet dermate 'dangereuse pour l'ordre public et l'ordre social' is dat het de BIPOO zou schenden, en heeft hiermee de stelling van de rechter in eerste aanleg weerlegd: Rb. Antwerpen 18/12/1952, *R.C.D.I.P.* 1957, 68. Zie hierop onze reactie in deel 3, hoofdstuk 4, randnrs 79 e.v.

<sup>493</sup> Zie ook o.m. J. KROPHOLLER, o.c., § 34 IV, 217.

<sup>494</sup> De wet van de Staat van eerste gemeenschappelijke verblijfplaats, of bij gebreke aan dergelijke bepaling daarin, de Belgische wet op grond van de openbare orde.

<sup>495</sup> Eveneens van deze mening: V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 93 en noot 422; E. COHEN-HENRIQUEZ, "Polygamie in Nederland", *F.J.R.* 1990, 172; L. PALSSON (1974), 167, noot 72; J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1975, 35 en referenties. De samenwoningsplicht geldt slechts t.a.v. één enkele echtgenote. Van de echtgenotes kan niet worden gevergd dat ze beiden met de polygame man (en dus ook met elkaar) samenwonen: J. RUBELLIN-DEVICHI, o.c., 36; B. ANCEL en Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 1992, 261.

<sup>496</sup> Vanzelfsprekend van een Staat die polygamie toelaat.

207. Aangezien beide vormen van adaptatie worden gesteund op een toepassing van Belgisch recht, kunnen ze evengoed als adaptatie van de verwijzingsregel worden gekwalificeerd. I.p.v. de personele wet toe te passen, verwijst de rechter naar de *lex domicilii* of de *lex fori*. Bepaalde auteurs spreken in dit verband van *substitutie*<sup>497</sup>. De sterke bekommernis om geen afbreuk te doen aan de geest van de wet, doet vele auteurs ervoor opteren om inderdaad een zekere druk op de verwijzingsregel uit te oefenen<sup>498</sup>, bv. door *renvoi*<sup>499</sup>, en niet het materiële recht als dusdanig te gaan aanpassen<sup>500</sup>. "*Il est nécessaire de corriger les conséquences de la saisie d'une situation par des règles émanant d'ordres différents si on débouche sur une antinomie ou même sur une solution insolite au regard du sentiment juridique. L'adaptation peut parfois se réaliser en transformant les règles matérielles applicables dans toute la mesure nécessaire pour dégager une réglementation d'ensemble adéquate. Plus fréquemment, on obtient le résultat souhaité en exerçant une certaine pression sur les règles de conflit*"<sup>501</sup>.

Wij sluiten ons evenwel aan bij de optie van het wetsvoorstel voor een I.P.R.-

<sup>497</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 1997, nr. 311-315. Volgens V. VAN DEN EECKHOUT (1998), nr. 139, bestaat er equivalentie tussen een Belgisch huwelijk en een polygaam huwelijk waaraan in België rechtsgevolgen worden toegekend. Daaruit leidt zij af dat de huwelijksgevolgen in België noodzakelijk deze zijn die aan een Belgisch huwelijk worden toegekend. Ook al heeft VAN DEN EECKHOUT het slechts over adaptatie in haar thesis, wij menen uit de genoemde kwalificatie substitutie n.a.v. equivalentie te mogen afleiden.

<sup>498</sup> O.m. B. AUDIT (1997), nr. 316; PH. FRANCESCAKIS, *V° Conflits de lois, (principes généraux)*, Rép. Dalloz, Paris, Dalloz, 1968, nr. 241-346; P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Liège, Faculté de droit, d'Economie et de Sciences sociales, 1978, nr. 49; P. MAYER (1977), nr. 276-277; R. NEUNER, *Der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm*, Praag/Leipzig/Wien, Brunn, 1932; J. OFFERHAUS, *Aanpassing in het internationaal privaatrecht*, Amsterdam, Noord-Holland, 1963, 39 p.; F. RIGAU, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Brussel, Larciere, 1956, nr. 256; G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, nr. 274; A.E. VON OVERBECK, "Les règles de droit international privé matériel", in R.D. KOLLEWIJN en J. OFFERHAUS, *De conflictu legum: bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kollwijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, 364-370; M. WOLFF, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Springer, 1933. Zie bv. in Rb. Luik 17 juni 1974, J.L. 1974-75, 14.

<sup>499</sup> H. BATIFFOL en P. LAGARDE, (1981), nr. 305 (enkel terugwijzing); DERRUPPE, "Plaidoyer pour le renvoi", *Trav. Com. fr. dr. int. pr.* 1968, 198 (enkel terugwijzing); PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, nr. 271, p. 261; P. GRAULICH, o.c., nr. 82; W. WENGLER, "Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits", *R.C.D.I.P.* 1952, 612.

<sup>500</sup> Dat gebeurde voorheen frequenter, m.n. onder de oude adoptiewet, die algemeen te restrictief werd bevonden: G. CANSACCHI, "Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois", *Rec. des Cours* 1953, vol. 83, II, 146-148; H. LEWALD, "Règles générales de conflits de lois", *Rec. des Cours* 1939, III, nr. 56-60; A. VON OVERBECK, "Les règles de droit international privé matériel", in X., *Mélanges Kollwijn-Offerhaus*, Leiden, Sijthoff, 1962, 364-370; H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), nr. 270; M. FALLON, "La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales?", *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 146; P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Luik, Faculté de droit, 1978, 78; F. VISCHER, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1953.

<sup>501</sup> P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Luik, Faculté de droit, 1978, 77-78.

codificatie om de techniek van de *renvoi*, die tot op vandaag dienst doet als 'diplomatisch' correctiemechanisme, te verbieden. Het I.P.R. mag niet door eigen technieken aan de kant worden geschoven. Slechts expliciete motiveringen kunnen een afwijking van de door de verwijzingsregel aangewezen wet verantwoorden. Deze opvatting zal ons, ondanks onze voorzichtigheid, mogelijk toelaten om verder te gaan dan bepaalde rechters en auteurs in het hanteren van de adaptatietechniek, m.n. ook in hypothesen waar zij hun toevlucht nemen tot *renvoi* of een afwijzing van de buitenlandse wet in het licht van de BIPOO-exceptie. De BIPOO treedt pas in werking als de buitenlandse regel ook naar doelstelling onverenigbaar is met de fundamentele beginselen van onze politieke, sociale en economische orde. Stemt het sociale doel van beide wetgevingen evenwel overeen, dan kan met een adaptatie eerbied worden opgebracht voor enerzijds de doelstelling van de buitenlandse wetgever, en anderzijds de omvang van de saisine<sup>502</sup>. Het is goed denkbaar dat een lichte aanpassing van de buitenlandse rechtsfiguur ook in het land van oorsprong op meer steun en begrip kan rekenen, dan een volledige verwerping ervan in het licht van de BIPOO<sup>503</sup>.

### C. DE EQUIVALENTIE- EN SUBSTITUTIELEER: HET GEVAAR VOOR EEN AFWENDING VAN DE TERM 'EQUIVALENTIE'

**208.** De toepassing van buitenlands recht in België kan tevens op een andere wijze problematisch zijn. Mogelijk rijst de vraag welke buitenlandse rechtsregel moet worden toegepast, in het geval dat eenzelfde rechtsinstelling meerdere varianten kent. Dit doet zich bv. vaak voor inzake adoptie. A.h.v. de equivalentieleer bepaalt de rechter vervolgens welke buitenlandse adoptievorm het best in België wordt toegepast, dit met het oog op een optimale afstemming van de adoptie op de Belgische modellen, zonder daarom van de inhoud van de buitenlandse wet af te wijken<sup>504</sup>.

De toepassing van de equivalentieleer kan mogelijk een vraagstuk van adaptatie voorkómen. Problemen inzake uitvoerbaarheid van de buitenlandse wet worden m.n. grotendeels uit de weg gegaan door te kiezen voor de rechtsvorm die het dichtst bij het Belgische model aanleunt.

<sup>502</sup> K. LENAERTS, "Le statut du droit étranger en droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre?", in X., *Mélanges R. Vander Elst, I.c.*, II, 540, wijst erop dat bij adaptatie noch het voorwerp, noch de oorzaak van de vordering mogen worden veranderd. Wel kan de rechter een herkwalificatie suggereren. Zie ook F. RIGAUX, "La scission du fait et du droit et la distinction entre le droit interne et le droit étranger", *R.C.J.B.* 1982, 44, nr. 12, noot 6.

<sup>503</sup> P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Liège, Faculté de droit, d'Economie et de Sciences sociales, 1978, nr. 50, bevestigt dit impliciet door te stellen dat een toepassing van de adaptatietechniek minder bruusk is dan een inroeping van de BIPOO-exceptie.

<sup>504</sup> F. RIGAUX en M. FALLON (1993), nr. 1105; zie ook m.b.t. het Duitse recht: E.-M. HOHNERLEIN, *Internationale Adoption und Kindeswohl. Die Rechtslage von Adoptivkindern aus der dritten Welt in der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Ländern*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, 47.

## C.1. DE BEGRIPSVERWARRING MET EEN ADAPTATIE OF EEN VERMOMDE ONGERECHTVAARDIGDE SUBSTITUTIE

**209.** De techniek werd evenwel reeds gehanteerd met ruimere doelstellingen. Zo stonden meerdere I.P.R.-rechters in het verleden wettiging door adoptie toe, ook al kende het nationale recht van de betrokkenen slechts de gewone adoptie<sup>505</sup>. De toelating werd gesteund op de vaststelling dat de toepasselijke wet zich niet verzet tegen wettiging door adoptie, maar het instituut louter niet kent. Wettiging door adoptie en gewone adoptie werden gesteld geen twee afzonderlijke instellingen te zijn, maar varianten van eenzelfde rechtsinstelling.

Ook de wettiging door adoptie van een verlaten Filippijns kind dat in de Filippijnen, met de toestemming van een voogd *ad hoc*<sup>506</sup> was geadopteerd, werd gesteund op de equivalentieleer<sup>507</sup>. Ook al kent het Filippijnse recht de wettiging door adoptie niet, de rechter besloot dat "uit de toestemming in de adoptie van een verlaten kind kan worden afgeleid dat formele toestemming tot wettiging door adoptie werd gegeven". N.a.v. de adoptie kreeg het kind immers naar de bewoordingen van het Filippijnse jeugdbeschermingsdecreet een plaats in het adoptiegezin "as if he were the legitimate child of the adopter".

**210.** Deze toepassing van de equivalentieleer menen wij gelijk te kunnen stellen met een toepassing van de adaptatieleer. De rechters stelden dat de verschillende adoptievormen equivalent zijn. Het is evenwel duidelijk dat in de genoemde gevallen slechts de *context* van de regeling – de doelstelling van de buitenlandse wetgever en de eigen geëvolueerde opvattingen met betrekking tot adoptie, m.n. de steeds grotere openheid voor een volledig gelijke behandeling

<sup>505</sup> M.b.t. Vietnamees en Koreaans recht: Brussel 27 mei 1971, *Doc. Prot. Jeun.* I, 208; Jeugdrb. Brussel 18 oktober 1971, *Doc. Prot. Jeun.* I, 220; Luik 6 december 1971, *Pas.* 1972, II, 34; Rb. Namen 12 februari 1971, *J.L.* 1971-72, 52 (renvoi door de Poolse wet naar de personele wet van de adoptanten, de Belgische wet. De Poolse wet liet geen adoptie toe van personen, ouder dan 18); Jeugdrb. Antwerpen 1 februari 1972, *R.W.* 1971-72, 1893; Jeugdrb. Brussel 15 december 1972, *Doc. Prot. Jeun.* I, 259; Jeugdrb. Antwerpen 4 januari 1973 en 5 februari 1973, *onuitg., aangeh.* door Jeugdrb. Antwerpen 7 februari 1980, *R.W.* 1980-81, 2199; Brussel 14 juni 1973, *R.W.* 1973-74, 318: "Blijkens art. 344 § 1, lid 1 B.W. is de toelaatbaarheid in België van een adoptieve afstamming tussen Belgen en vreemdelingen niet afhankelijk gesteld van de al dan niet verschillende gevolgen die zulke afstamming voor de onderscheiden partijen meebrengt overeenkomstig de voorschriften van art. 344 § 2 betreffende de enkele adoptie. Daar eensdeels in de Vietnamese wetgeving de adoptie beheerst wordt door een met de Belgische adoptie verenigbaar bestel, en anderzijds de naar Belgisch intern recht aanwezige verschillpunten tussen adoptie en wettiging door adoptie niet determinerend zijn bij de toetsing aan het in Vietnam geldende stelsel, volgt hieruit naar eis van recht (...) dat de wettiging door adoptie van een Vietnamees kind door een Belgisch echtpaar beantwoordt aan de eisen van zijn personeel statuut"; Brussel 11 oktober 1973, *Doc. Prot. Jeun.* I, 282; Brussel 28 februari 1974, *J.T.* 1974, 429; Jeugdrb. Hasselt 17 oktober 1983, *Limb. Rechtsl.* 1984, 67 (Haitiaans kind), goedkeurende noot P. VERACHTERT en C. SCHILDERMANS; Jeugdrb. Antwerpen 7 februari 1980, *R.W.* 1980-81, 2198 (Guatmalteeks kind).

<sup>506</sup> Deze was gemachtigd door de familierraad.

<sup>507</sup> Antwerpen 3 oktober 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 81, noot M. VERWILGHEN.



van adoptiekinderen en voor een optimale integratie van het kind in het gezin<sup>508</sup> – en niet de regeling als dusdanig, aan de grondslag lagen van de uitspraak, van de toepassing van de adaptatietechniek. Ook de Nederlandse uitspraak waarbij de Bahamaanse adoptie als een equivalent van de Nederlandse vaderschapserkenning werd gekwalificeerd, vormt hiervan een voorbeeld<sup>509</sup>.

**211.** Hiermee geven we aan wat we gaandeweg deze uiteenzetting zullen bevestigen: de termen adaptatie, equivalentie, assimilatie en substitutie worden vaag van elkaar afgegrensd.

De term *equivalentie* is zeker in de genoemde context waarbij een gewone adoptie werd gelijk gesteld met wettiging door adoptie en dus een volwaardige afstammingsband en volledige breuk met het oorspronkelijke gezin creëert<sup>510</sup>, uiterst slecht gekozen. We stellen niet dat deze ‘adaptatie’ steeds ten onrechte plaatsvond. Adaptatie laat immers interpretatie van de wet toe, in de geest van de wijze waarop de buitenlandse wet op dat ogenblik in het buitenland wordt toegepast. Wordt deze geest geëerbiedigd, dan bepleiten wij dergelijke adaptatie of assimilatie. Equivalent zijn de rechtsinstituten als dusdanig evenwel niet. Ze worden geassimileerd. Ze zijn nog niet analoog.

Blijkt daarentegen onvoldoende dat de buitenlandse wet werkelijk een gelijke behandeling van het kind met een ‘wettig’ kind beoogt en besluit de I.P.R.-rechter hier te snel toe, dan suggereren we om te stellen dat *in casu* een ongerechtvaardigde substitutie heeft plaatsgevonden (cf. *infra*). Er kan ter zake niet worden besloten tot een geldige adaptatie of, zoals bepaalde rechters stellen, ‘*functionele equivalentie*’. De toepassing van substitutie moet o.i., in het licht van de doelstellingen van het I.P.R., steeds negatief worden geëvalueerd, behoudens in haar enige aanvaardbare verschijningsvorm: de substitutie van de buitenlandse wet door de *lex fori* na inroeping van de exceptie van openbare orde. Wordt van twee rechtsinstituten gesteld dat ze equivalent zijn, en wordt het ene door het andere vervangen, dan is daar altijd een reden voor, bv. de vaststelling dat de procedureregels die zijn ingesteld voor de buitenlandse rechtsfiguur in België niet kunnen worden toegepast, bij gebrek aan bevoegde autoriteit. Daaruit blijkt dat beide rechtsfiguren niet – zoals beweerd – volledig

<sup>508</sup> Zie de motivering van Brussel 14 juni 1973, *aangeh.*: de sociale doelstelling van adoptie bestaat er vaak in het kind een fictieve afstamming te bezorgen die de wettige afstamming zoveel mogelijk benadert; “adoptie als maatschappelijk functioneel rechtsinstituut”; “middel tot intensivering van de gezinsintegratie”. Ook wees de rechter erop dat steeds meer I.P.R.-stelsels het domiciliebeginsel in de materie toepassen. Door te verwijzen naar de inbedding van de gezinsrelatie, wijst de rechter op de doelstelling om zoveel mogelijk een integratie in het plaatselijke familiedenken te bewerkstelligen.

<sup>509</sup> H.R. 12 oktober 1995, *N.J.* 1997, 466.

<sup>510</sup> Uit een analyse van rechtspraak blijkt dat er nog steeds geen algemene bereidheid is om adoptie steeds en ten behoeve van eenieder toe te laten, ongeacht wat het personeel statuut van de betrokkenen bepaalt. Is adoptie evenwel voorzien in het personele recht, ook in de meest beperkte vorm (gewone adoptie), dan is de Belgische I.P.R.-rechter geneigd gemakkelijk aan te nemen dat volledige integratie van het kind in het gezin wordt beoogd (uitwerking in het deel 3, adoptieve afstamming).

equivalent zijn, en kan worden besloten tot adaptatie van de buitenlandse rechtsregel aan de Belgische variant. Een eigenlijke 'equivalentie' maakt o.i. aldus substitutie overbodig<sup>511</sup>.

## C.2. DE AFWENDING VAN DE EQUIVALENTIETECHNIEK OM NIEUWE KLEMTONEN IN HET BELGISCHE RECHTSDENKEN EEN THEORETISCHE GRONDSLAG TE VERLENEN

**212.** De techniek van de functionele equivalentie gaat niet alleen soms wat te vrij om met de interpretatie van buitenlands recht. Ook werd ze reeds meermaals gehanteerd om nieuwe klemtonen in het Belgische rechtsdenken een theoretische grondslag te verlenen. De techniek liep hiermee vaak vooruit op een wetswijziging. In het huwelijksrecht werd langs deze weg reeds vroeg het voordeel van putatief huwelijk in hoofde van het kind<sup>512</sup> ingevoerd, om het een wettige afstamming te bezorgen<sup>513</sup>. Vóór de wet van 1987 werd meermaals geoordeeld in het licht van *favor filiationis legalis* of *matrimonii*<sup>514</sup>. In

<sup>511</sup> Lijken daarentegen wél te menen dat bij equivalentie substitutie kan gebeuren en dus blijkbaar nut heeft: F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Brussel, Larcier, 1956, nrs 224, 257-260, 295-296; F. RIGAUX, *Droit international privé*, Brussel, Larcier, 1968, nr. 157 en 1977, nr. 434 en 453 en *Traité II*, nr. 1002; R. VANDER ELST, *Droit international privé, règles générales*, Brussel, Larcier, 1977, nr. 117.3; G. VAN HECKE, "Principes et méthodes en droit international privé", *Rec. des Cours* 1969, I, 509 e.v.; M. VERWILGHEN, "La filiation adoptive en droit international privé belge", *Rev. not.b.* 1973, 181. Buurlanden: H. BATIFFOL, "Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux", *Rec. des cours*, vol. 121, 1967, II, 201-211; H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, I, Paris, L.G.D.J., 1981, nr. 270; G. CANSACCHI, "Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflit de lois", *Rec. des Cours* 1953, vol. 83, II, 111 en 115-157; H. LEWALD, "Règles générales de conflits de lois", *Rec. des Cours* 1939, III, nr. 56; L. RAAPE, "Les rapports entre ârents et enfants", *Rec. des Cours* 1934, IV, 401, nr. 72; PH. FRANCESKAKIS, *V° Conflits de lois, (principes généraux)*, Rép. Dalloz, Paris, Dalloz, 1968, nr. 241-346; P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1977, nr. 276-277; J. OFFERHAUS, *Aanpassing in het internationaal privaatrecht*, Amsterdam, Noord-Holland, 1963, 39 p.; E. VITTA, "Cours général de droit international privé", *Rec. Cours*, vol. 162, 1979, I, 60, 131-132; A.E. VON OVERBECK, "Les règles de droit international privé matériel", in R.D. KOLLEWIJN en J. OFFERHAUS, *De conflictu legum: bundel opstellen aangeboden aan R.D. Kollwijn en J. Offerhaus ter gelegenheid van hun zeventigste verjaardag*, Leiden, Sijthoff, 1962, 364-370.

<sup>512</sup> Slechts als wettelijk beginsel ingevoerd bij wet van 31 maart 1987 (art. 202 B.W.).

<sup>513</sup> Jeugdrb. Brussel 15 juni 1981, *J.T.* 1981, 759, noot D.S.: islamhuwelijk van een Belgische vrouw met de Marokkaanse vader van haar in overspel verwekt kind, nadat de vorige echtgenoot succesvol het vaderschap had betwist. Het kind kreeg het statuut van wettig kind, ook al was het consulaire huwelijk, gesloten in België, niet geldig aangezien de vrouw de Belgische nationaliteit had.

<sup>514</sup> Rb. Charleroi 26 november 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 81 (erkenning van een Belgisch kind, geboren meer dan 300 dagen na het ontstaan van de feitelijke scheiding tussen de overspelige Italiaanse vader en zijn echtgenote. De rechter assimileerde de echtscheiding op grond van jarenlange niet-samenwoning en definitieve breuk van de spirituele en materiële gemeenschap met een Belgische echtscheiding. *Contra*: Rb. Brussel 3 april 1990, *T.B.B.R.* 1991, 283: de rechter weigerde aan te nemen dat het vaderschapsvermoeden was omgekeerd. Daartoe was een assimilatie vereist van de datum waarop de echtscheidingsprocedure was ingesteld, met de datum waarop naar Belgisch recht de feitelijke scheiding gerechtelijk wordt toegestaan. Ook nam de rechter de feitelijke scheiding sinds meer dan 300 dagen vóór de geboorte niet in aanmerking. De Nederlandse echtscheiding, die geen vereiste vooropstelt m.b.t. de termijn van feitelijke scheiding die eraan voorafgaat, kon immers niet worden geassimileerd met een

adoptiegeschillen liet de rechter meermaals de *favor adoptionis* spelen<sup>515</sup>, of begunstigde hij een wettiging door adoptie<sup>516</sup>, bv. door adoptie toe te laten, ook als het toepasselijke recht slechts een vorm van adoptie kende waarvan de gevolgen slechts op die van een herroepbare gewone adoptie leken, of meer nog, ook als het personele recht van de adoptant de adoptie verbood<sup>517</sup>. In de loop van het onderzoek gaan we de rechtvaardiging van dergelijke verregaande adaptaties (mogelijk substituties) na.

**213.** De equivalentietechniek werd reeds meermaals toegepast in het kader van de erkenning van rechtssituaties die in het buitenland zijn ontstaan. De rechter kan beslissen om een in het buitenland toegestane echtscheiding te erkennen, ook al werd door de buitenlandse rechter een verkeerde wet toegepast, mits de normaal toepasselijke wet dezelfde echtscheidingsgrond kent en de toepassing tot eenzelfde resultaat zou hebben geleid<sup>518</sup>. In het verleden werd met dergelijke motivering evenwel meermaals te snel tot equivalentie van verstoting en echtscheiding besloten<sup>519</sup>, zonder rekening te houden met de

---

echtscheiding in de zin van art. 229, 231 of 232 B.W.

<sup>515</sup> Jeugdrb. Charleroi 25 oktober 1974, *J.T.* 1975, 443 en Bergen 5 oktober 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 188: schending van art. 344 B.W. volgens A. HEYVAERT (1995), 140-141.

<sup>516</sup> Jeugdrb. Brussel 8 maart 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 192, herzien door Brussel 9 november 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 193: de jeugdrechtsbank heeft de aanpassingstheorie expliciet toegepast om wettiging door adoptie van een Italiaans kind door Belgische onderdanen toe te staan? De Italiaanse wet laat nochtans slechts volle adoptie toe tav kinderen, jonger dan acht jaar of verlaten kinderen. De rechter steunde zijn toepassing van de adaptatietechniek op de vaststelling dat die slechts werd toegepast op een situatie waarvoor het Italiaanse recht, zij het niet via adoptie, wel via een ander juridisch procédé, regularisatie van het statuut toeliet. De rechter in hoger beroep daarentegen weigerde adaptatie toe te staan, wegens strijdigheid met art. 344 B.W.

<sup>517</sup> Jeugdrb. Brussel 19 april 1971, *Rev. trim. dr. fam.* 1971, 25, noot A.L.: wettiging door adoptie door de nieuwe Marokkaanse echtgenoot van een a matre in overspel verwekt kind. De man had een vaderschapsverklaring afgelegd in toepassing van de Marokkaanse Mudawwanah. De rechter liet de wettiging van het in overspel verwekte kind toe, ook al was dat toen nog niet mogelijk naar Belgisch intern recht. De rechter oordeelde m.n. dat het toenmalige art. 331 B.W. niet van internationaal-privaatrechtelijke openbare orde was.

<sup>518</sup> Cass. fr. 29 juli 1929, arrest-Drichemont, *Sirey* 1930, 1-20 (*in casu* was de echtscheiding door de Mexicaanse rechtbank toegestaan in toepassing van de Duitse wet, terwijl de Franse wet eigenlijk toepasselijk was. De rechter erkende de uitspraak omdat in toepassing van het Franse recht hetzelfde resultaat bereikt zou zijn); Paris 4 februari 1958, *R.C.D.I.P.* 1958, 389, noot H.B., *J.D.I.* 1958, 1016, noot PONSARD, *JCP* 1958, II, 10612, noot P. FRANCESCAKIS (*in casu* was de echtscheiding door de Cubaanse rechtbank toegestaan in toepassing van de Cubaanse wet, terwijl de Oostenrijkse wet eigenlijk bevoegd was. De rechter erkende het huwelijk omdat in toepassing van het Oostenrijkse recht hetzelfde resultaat bereikt zou zijn); P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1998, nr. 265; PH. MALAURIE, "L'équivalence en droit international privé", *D.* 1962, chr. XXXVI, p. 215.

<sup>519</sup> Ook het Arbeidshof Luik 21 oktober 1994, *Soc. Kron.* 195, 396, heeft zich op de wijze aan een verkeerde toepassing van het I.P.R. schuldig gemaakt. Het Hof steunde zijn uitspraak mede op de IPR-gevolgen van een niet-erkenning van de gevolgen van de verstoting. Deze gevolgen betroffen volgens het Hof ook de kinderen: "considérer que la répudiation n'équivaudrait pas à un divorce risquerait de mettre en péril l'ordre public, les règles du droit public belge et l'égalité des époux. Selon le lieu où ils se trouvent, ils seraient considérés, selon la loi du pays, en cas de remariage, soit bigames, soit concubins, soit tout simplement mariés. Leurs enfants seront considérés comme soit légitimes, soit naturels, soit adultérins". Cass. 11 december 1995, *R.W.* 1995-96, 1339, verbrak het arrest omdat de verstoting wegens schending van de rechten van

gevolgen van de verstoting en met de (fundamentele) rechten van de partijen<sup>520</sup>. Meermaals lijkt de rechter slechts oog te hebben gehad voor de vraag of de echtscheiding in België in gelijkaardige *materiële* omstandigheden zou kunnen zijn ontstaan<sup>521</sup>. Slechts rechtspraak waarbij naast de materiële<sup>522</sup> ook de procedurele equivalentie wordt nagegaan, met aandacht voor de eerbied voor fundamentele beginselen en voor de afwezigheid van misbruik van de buitenlandse rechtsfiguur door *forum shopping*<sup>523</sup>, geniet onze steun.

---

verdediging niet kon worden erkend. Zie ook F. BOULANGER (1994), nr. 446.

<sup>520</sup> Zoals o.m. verwoord in art. 570 Ger. W., art. 2 en 3 Nederlandse wet van 15 maart 1981 en gelijkaardige Franse beginselen, gesteund op het arrest Münzer, Cass. fr. 7 januari 1964, *Grands arrêts*, nr. 42, 327.

<sup>521</sup> Zie o.m. Rb. Charleroi 26 november 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 81 (gelijkstelling van de Italiaanse echtscheiding, waarbij het vonnis uitdrukkelijk verwees naar de langdurige feitelijke scheiding van het koppel, met een echtscheiding in de zin van art. 232 B.W.); Paris 8 mei 1980, *R.C.D.I.P.* 1981, 700, noot M. SIMON-DEPITRE (de echtscheiding was uitgesproken door een Poolse rechter op grond van de Poolse wet, terwijl de partners nochtans gezamenlijk de Franse nationaliteit hadden. Erkenning wegens equivalent resultaat); Cass. fr. 22 april 1986 en 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 92, noot H. GAUDEMET-TALLON; T.G.I. Paris 10 mei 1990, *R.C.D.I.P.* 1991, 391, noot H. MUIR-WATT (private echtscheiding in Thailand, geassimileerd aan een echtscheiding met onderlinge toestemming, nadat expliciet de drie toetsingen van het arrest Rivière waren gebeurd). Bepaalde auteurs achten in het echtscheidingsrecht een vereiste naar analogie van art. 570 Ger.W. overbodig en menen dat een toetsing aan de openbare orde kan volstaan: F. BOULANGER (1994), nr. 446.

<sup>522</sup> Bv. de controle of aan de minimale huwelijksduur naar eigen echtscheidingsrecht is voldaan, om te vermijden dat een verstoting in het buitenland eerder zou kunnen plaatsvinden en worden erkend dan een echtscheiding in het land van het *forum*. Zie bv. ook volgende rechtspraak m.b.t. de vereiste naar Frans recht van zes jaar feitelijke scheiding: Cass. fr. 22 april 1986 en 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 92, noot H. GAUDEMET-TALLON (weigering van equivalentie van een Haïtiaanse echtscheiding na drie jaar feitelijke scheiding met een naar Frans recht geldige echtscheiding); H.R. 4 maart 1965, *N.J. (Ndl.)* 1965, 132; H.R. 26 september 1969, *N.J.* 1970, 195. De huidige Nederlandse en Belgische I.P.R.-regeling inzake echtscheiding geven omgekeerd wél aan dat ze m.b.t. een echtscheiding die in hun rechtsorde is voltrokken, verwachten dat buitenlandse rechtsordes die erkennen zodra ze het principe van de echtscheiding kennen, ook al staat hun echtscheidingsrecht in het concrete geval geen echtscheiding toe. We leiden deze verwachting van de genoemde rechtsordes af uit de wetenschap dat deze rechtsordes alle streven naar internationale beslissingsharmonie in elke I.P.R.-materie, ook die van de echtscheiding, die opvallend nationalistisch is geregeld (zie bv. de Wet-Rolin die naar de Belgische wet verwijst zodra één van de partners Belg is, en voor twee vreemdelingen: zodra hun nationale wet echtscheiding als dusdanig niet verbiedt, i.t.t. de Franse regeling, die slechts naar de *lex fori* verwijst als beide partners de Franse nationaliteit hebben of in Frankrijk zijn gedomicilieerd of als geen enkele buitenlandse wet bevoegd is, terwijl de Franse rechter zijn rechtsmacht erkent (art. 310 C.C.), en de Duitse regeling die verwijst naar de wet van de huwelijksgevolgen, i.e. de wet van de Staat van laatste gezamenlijke woonplaats of verblijfplaats of het recht van de Staat waarmee beide partners de nauwste band hebben (art. 14 en 17 E.G.B.G.B.)).

<sup>523</sup> Om deze reden weigerde bv. de Nederlandse Hoge Raad een echtscheiding in Zuid-Afrika op grond van 'willful desertion' (feitelijke scheiding) te erkennen. De vraag rees n.a.v. de wens van de vrouw om in Nederland te huwen met een nieuwe partner. Het feit dat haar ex-man in Zuid-Afrika bleef wonen en dat de echtscheiding een 'fait accompli' was, werd niet in aanmerking genomen. Het nieuwe huwelijk werd geweigerd omdat de echtscheiding niet kon worden erkend in Nederland. Opdat feitelijke scheiding daar tot echtscheiding aanleiding kon geven, moesten de betrokkenen sinds vijf jaar gescheiden leven. Dat was niet het geval ten tijde van het echtscheidingsvonnis: H.R. 4 maart 1965, *N.J. (Ndl.)* 1965, 132. In dezelfde zin: H.R. 26 september 1969, *N.J. (Ndl.)* 1970, 195.

Dit neemt niet weg dat de fundamentele beginselen, die figureren in de hierboven genoemde voorwaarden, steeds in relatie moeten worden gezien met belangrijke contextuele gegevens, zoals bv. de vaststelling dat de buitenlandse uitspraak de feitelijke situatie reeds sterk heeft beïnvloed. Ruimte moet worden gelaten voor de theorie van het 'fait accompli'<sup>524</sup>, die een erkenning van de rechtssituatie ondanks de inbreuk op bepaalde beginselen mits enkele correcties kan rechtvaardigen.

## D. BESLUIT

**214.** De termen adaptatie, equivalentie en substitutie worden vaak zonder onderscheid gehanteerd<sup>525</sup>, of krijgen een verschillende invulling naargelang van de auteur of rechter die er gebruik van maakt<sup>526</sup>. Bij de meeste Nederlandstalige auteurs<sup>527</sup> vinden we slechts de term 'aanpassing' ('adaptatie') terug. Mogelijk is het door MEEUSEN gehanteerde onderscheid tussen 'adaptatie' en 'substitutie'<sup>528</sup> efficiënter en duidelijker dan de klassieke<sup>529</sup> hierboven uiteengezette opdeling. De meeste Franstalige auteurs verwijzen naar alle genoemde technieken, maar maken het onderscheid niet steeds even duidelijk. Ook door de rechtspraak wordt dezelfde techniek vaak op verschillende wijzen benoemd<sup>530</sup>.

<sup>524</sup> Zie o.m. B. AUDIT (1997), nr. 465, 664 en 674.

<sup>525</sup> Bv. B. AUDIT (1997), nr. 313, stelt substitutie voorop zodra de twee rechtsfiguren een 'équivalence générique suffisante' vertonen. Dat generieke element sluit o.i. automatisch de geest van wet in, en brengt ons zo bij de adaptatieleer. J. MEEUSEN (1997), nr. 390, spreekt van substitutie, waar wij het hebben over een vorm van adaptatie, m.n. de adaptatie inzake attributiebevoegdheid (bv. adaptatie van de toekenning van een bepaalde bevoegdheid aan een minister, aan de bestaande rechterlijke bevoegdheid in België ter zake, om de buitenlandse rechtsregel materieel werkzaam te maken). Zie ook o.m. J. FOYER, "Problèmes de conflits de lois en matière de filiation", *Recueil des cours* 1985-IV, 76; E.C. HENRIQUEZ, *Internationaal privaatrecht Trends*, Deventer, Kluwer, 1980, 52; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1997, § 33 II, 211; W.L.G. LEMAIRE, *Nederlands internationaal privaatrecht (Hoofdpijnen)*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1968, 353; J. OFFERHAUS, *Aanpassing in het internationaal privaatrecht*, Amsterdam, Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij, 1963, 5; L. STRIKWERDA, *Inleiding tot het Nederlands internationaal privaatrecht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1997, nr. 52-53; A.V.M. STRUYCKEN, "Erkenning in de vorm van adoptie naar vreemd recht, een qualificatievraagstuk", *HPS* (Ndl.) 1973, 49; A.V.M. STRUYCKEN, "Buitenlandse adopties aan het loket", *HPS* (Ndl.) 1980, 67, 69-71; G. VAN HECKE, "Principes et méthodes en droit international privé", *Recueil des cours* 1969-I, 499; A.P.M.J. VONKEN, "Substitutie-problemen op het terrein van het internationaal familierecht", *HPS* (Ndl.) juni 1992, 3.

<sup>526</sup> Cf. *supra* inzake adoptie en polygamie. Zie ook: J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1997, § 34; A.P.M.J. VONKEN, "Assimilatieproblemen op het terrein van het internationaal privaatrecht. Twee praktijkgevallen", *NIPR* 2000, 296-297 (m.b.t. de termen materieelrechtelijke aanpassing, substitutie en assimilatie).

<sup>527</sup> O.m. J.G. SAUVEPLANNE, *Elementair internationaal privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1986, nr. 33; V. VAN DEN EECKHOUT (1999).

<sup>528</sup> Zie ook J. ERAUW (1985), 113 e.v.

<sup>529</sup> Gezien de algemene vaagheid inzake definiëring is het evenwel moeilijk om van 'klassieke' definities te spreken.

<sup>530</sup> Cf. *supra*. Zie ook bepaalde Nederlandse rechtspraak: Rb. Amsterdam 19 september 1958, *N.J.* (Ndl.) 1958, nr. 430: equivalentie van de Engelse adoptie aan de Nederlandse voogdij (door J.G. SAUVEPLANNE, o.c., nr. 430, als aanpassing gekwalificeerd).

**215.** We opteren er daarom voor om in dit onderzoek een en dezelfde benaming te geven aan de technieken van de 'adaptatie van de inhoud van het buitenlandse recht' en van de 'substitutie' ervan door de Belgische wet: *adaptatie*. Beide technieken stemmen immers volledig overeen mits de geest van de buitenlandse wet wordt gerespecteerd.

Bestaat er van nature een inhoudelijke overeenstemming tussen twee rechtsfiguren die evenwel verschillend worden benoemd, dan zullen we het hebben over *equivalente rechtsfiguren*.

Aangezien het onderzoek erop gericht is om buitenlandse gezinsconcepten een plaats te geven in onze rechtsorde op een wijze die het best aansluit bij de verblijfssituatie van de betrokken partijen, zal de adaptatie vnl. gericht zijn op de *inhoud* van de voorliggende wet. Rechtspraak die de *verwijzingsregel* adapteert, zal worden aangehaald om aan te geven dat in de betreffende materie de opvatting, al dan niet unaniem, bestaat dat de geest van de buitenlandse wet equivalent is met de geest van de Belgische wet in de materie. We menen dat deze rechtspraak ons kan steunen in een pleidooi voor adaptatie van buitenlandse rechtsfiguren aan een welbepaalde Belgische rechtsfiguur en hierdoor inpassing in het Belgische recht. Dit kan de betrokkene zowel meteen (met het oog op een inpassing van de buitenlandse rechtsfiguur in andere rechtstakken, zoals het verblijfsrecht en het socialezekerheidsrecht, en hierdoor meer rechtszekerheid m.b.t. de toepasselijkheid van de betreffende publiekrechtelijke bepalingen op de gezinssituatie) als later (in het familierecht zelf, overgangsrechtelijk, bij wijziging van de aanknopingsregel ter gelegenheid van de verwerving van een stabiele verblijfspositie) ten goede zal komen.

## BESLUIT DEEL 2B

**216.** In deze toegangspoort hebben we argumenten aangereikt om inzake het personeel statuut af te stappen van de huidige, nu reeds vaak verlaten, aanknoping bij de nationale wet. Een nieuw onderscheidingscriterium, met name dat van de stabiele verblijfpositie, werd uitgewerkt.

Deze notie wordt gesteund op enerzijds de bepalingen van de Nationaliteitswet, anderzijds de gezinshereniging bij een Belg of een vreemdeling met stabiele verblijfpositie<sup>531</sup>.

Wie toegang krijgt tot de Belgische nationaliteit, wordt door onze rechtsorde beschouwd als een persoon die volwaardig staatsburger kan worden. Ongeacht of de betrokkene al dan niet ingaat op dat aanbod, menen we dat eenzijdig een volledige juridische integratie kan worden opgelegd.

Wie een verzoek richt tot de Belgische autoriteiten om een Belg of vreemdeling met stabiele verblijfpositie te vervoegen, geeft blijk van de intentie om met eenzelfde stabiliteit in België zijn familieleven met die vreemdeling aan te vangen of voort te zetten.

**217.** In het licht van het gelijkheidsbeginsel bepleiten wij een toepassing van Belgisch recht op het personeel statuut van vreemdelingen die een stabiele verblijfpositie in België hebben.

T.a.v. vreemdelingen die vooralsnog niet op stabiele wijze in België verblijven, bepleiten we een toepassing van hetzij het Belgische recht, hetzij hun nationale recht, hetzij het recht van de Staat waar ze voorheen op stabiele wijze verbleven. In het licht van de stabiliteit van de aanknoping zou daarbij voorrang worden gegeven aan het recht dat vóór het verblijf in België hun personeel statuut beheerste. Stemt dat recht met geen van de drie rechtsordes overeen, dan zou aan de betrokkene rechtskeuze tussen de alternatieve aanknopingen worden gelaten. Eenmaal een keuze is gemaakt, zou die met het oog op rechtszekerheid en op het vermijden van *fraude à la loi* blijven gelden tot de betrokkene op stabiele wijze in België verblijft.

**218.** Een wijziging van aanknopingsregel, ten laatste bij de overgang van onstabiel naar stabiel verblijf, gaat gepaard met een inpassing van familierechtsverhoudingen die reeds naar buitenlands recht zijn ontstaan. Vanaf het ogenblik waarop wordt aangeknoopt bij de Belgische wet zullen die verhoudingen naar Belgisch recht worden beoordeeld en verder worden ontwikkeld of beëindigd, desgevallend met een beroep op de

---

<sup>531</sup> Andere gronden om toegang te krijgen tot de vestiging steunen op de Nationaliteitswet, hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks door een verblijfsduurvereiste op te leggen die op zich tevens recht geeft op de Belgische nationaliteit. De genoemde criteria volstaan m.a.w. om te bepalen of de vreemdeling al dan niet op stabiele wijze in België verblijft.

aanpassingstechniek.

**219.** We vatten de grote lijnen van ons aanknopingsvoorstel nog eens kort samen:

1. Het kind volgt het personeel statuut van zijn ouder, tenzij tweede of derde generatie (rechtvaardiging: op dat ogenblik is de band met België zo sterk dat die primeert op de doelstelling om de juridische eenheid binnen de familie te bewaren)
2. De meerderjarige (ongeacht nationaliteit) met verblijf voor onbepaalde duur wordt t.l. na drie jaar stabiele verblijfhouder en reeds eerder als:
  - a. verblijf in België (ook als slechts voor bepaalde duur) en reeds vóór het verloop van drie jaar verblijf ontstaat in hoofde van de betrokkene toegang tot de nationaliteit (bv. na twaalf maand verblijf als de betrokkene tevens tussen de leeftijd van 14 en 18 jaar aanhoudend of 9 jaar in het totaal verblijf heeft gehouden in België) of recht op vestiging (volgens de normen die gelden voor derdelanders<sup>532</sup>)
  - b. geboorte in het buitenland uit een ouder die nu Belg is en in België verblijft voor onbepaalde duur<sup>533</sup>
  - c. gezinshereniging bij een Belg of bij een stabiele verblijfhouder (voor de bepaling van stabiel verblijf wordt hierbij geen onderscheid gemaakt tussen gezinshereniging bij een derdelander en gezinshereniging bij een E.E.R.-onderdaan<sup>534</sup>)
  - d. hij is erkend als vluchteling of staatloze: Belgisch recht vanaf erkenning
3. een Belg ziet Belgisch familierecht op zich toegepast zolang hij niet op stabiele wijze verblijf houdt in een ander land (komt neer op een bilateralisering van het voorstel)
4. vreemdelingen die slechts recht op verblijf voor bepaalde duur genieten en illegale verblijfhouders genieten geen optierecht, maar zien steeds hun *lex patriae* toegepast, dit om *forum shopping* te vermijden.

**220.** Op wie zou de *lex patriae* nog worden toegepast? Op alle hiernavolgende personen, als ze ervoor opteren (tenzij voorheen werd aangeknoopt bij de wet

<sup>532</sup> Cf. *supra*. O.i. verplicht het recht op vrij verkeer ons hiertoe.

<sup>533</sup> In beginsel menen we dat deze bepaling uit het W.B.N. al té snel recht verleent op de Belgische nationaliteit. We opteren er evenwel voor om de criteria uit het W.B.N. door te trekken naar het familierecht. Het komt aan de wetgever toe om te oordelen of een criterium al dan niet voldoende is om een voldoende band met België aan te nemen. Wij kunnen slechts suggesties formuleren. Het nastreven van een eenvormigheid van (impliciete) criteria die aangeven dat een vreemdeling naar Belgisch recht wordt geacht een overwegende band met de Belgische rechtsorde te hebben, over de grenzen van de rechtstakken (verblijfsrecht, nationaliteitsrecht en familierecht) heen, primeert voor ons op de doelstelling om een gebruikensklaar aanknopingsvoorstel uit te werken. Opteert de wetgever er in het nationaliteitsrecht voor om aan bepaalde criteria vergaande rechtsgevolgen te verbinden, dan dient hij de consequenties hiervan door te trekken naar evgelijkbare situaties. Het oordeel om op een vreemdeling Belgisch familierecht toe te passen hoeft o.i. niet te worden onderworpen aan strengere vereisten dan het oordeel of die vreemdeling toegang krijgt tot de Belgische nationaliteit en t.g.v. een verwerving van die nationaliteit voor alle elementen van zijn rechtspositie aan Belgisch recht kan worden onderworpen. Het enige discussiepunt ter zake vormt de centrale vraag: is het gerechtvaardigd om genoeg te nemen met de *toegang* tot de Belgische nationaliteit, ongeacht of de vreemdeling daar al dan niet gebruik van maakt. We hebben hierboven gepoogd om op overtuigende wijze een positief antwoord te geven op deze vraag.

<sup>534</sup> Cf. *supra*. O.i. verplicht het recht op vrij verkeer ons hiertoe.



van de vorige Staat van stabiel verblijf):

- de E.U.'er/derdelander met verblijf van onbepaalde duur gedurende minder dan drie jaar, als hij voorheen nog geen toegang genoot tot de Belgische nationaliteit of aanspraak heeft gemaakt op gezinshereniging bij een Belg of bij een gevestigde (onder voorwaarden voor derdelanders met stabiele verblijfspositie) vreemdeling
- de tijdelijke verblijfhouder (kort verblijf en verblijf voor bepaalde duur), die geen toegang geniet tot de Belgische nationaliteit.

**221.** Een vroegere aanname van stabiel verblijf, bv. vanaf de verwerving van een recht op verblijf voor onbepaalde duur (inschrijving in het vreemdelingenregister), zou o.i. te snel juridische assimilatie vergen. Een derdelander of niet-bevoorrechte E.U.-onderdaan<sup>535</sup> die een E.U.-onderdaan vervoegt, zou reeds na zes maand verblijf aan Belgisch recht worden onderworpen. De derdelander of niet-bevoorrechte E.U.-onderdaan die een derdelander vervoegt, zou na twaalf tot 15 maand verblijf aan Belgisch recht worden onderworpen.

Een E.U.-onderdaan die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer geniet van rechtswege recht op verblijf voor onbepaalde duur van bij de binnenkomst. Hij zou m.a.w. van bij zijn binnenkomst aan Belgisch familierecht worden onderworpen. Dergelijke regel zou o.i. indirect een inbreuk vormen op het recht op vrij verkeer (*cf. supra*).

Vanaf de inschrijving reeds wordt de vreemdeling weliswaar een sterke verblijfspositie (onafhankelijk recht op verblijf) toegekend, die door de vestiging slechts met enkele minimale beschermingen wordt aangevuld.

We menen evenwel dat deze filosofie van het verblijfsrecht niet kan volstaan om de redelijke verwachting te scheppen dat de betrokkene zich aan Belgisch familierecht beoogt te onderwerpen. Daartoe zijn o.i. meer banden met de Belgische rechtsorde vereist. Die worden o.i., zoals we hierboven uitwerkten, aangereikt door het Wetboek van de Belgische Nationaliteit en door de vestigingsbepalingen in de Verblijfswet.

**222.** Ons voorstel doet de vraag rijzen op welke wijze een ambtenaar of rechter die wordt geconfronteerd met een vraag inzake het familierechtelijk statuut van een vreemdeling moet achterhalen:

- 1) of de betrokkene reeds gebruik heeft gemaakt van zijn optierecht (deze informatie moet de ambtenaar of rechter in staat stellen om ervoor te zorgen dat de optie consequent wordt aangehouden tot op het ogenblik dat de vreemdeling een stabiele verblijfspositie verwerft)
- 2) of de vreemdeling al dan niet reeds op stabiele wijze in België verblijft (bv. hoe achterhalen of de betrokkene een Belgische ouder heeft die in België verblijft, waardoor ook het meerderjarige kind toegang tot de Belgische nationaliteit geniet en naar ons voorstel Belgisch familierecht op zijn personele staat toegepast zal zien).

**223.** De eerste vraag kan worden beantwoord met een voorstel om de optie via

<sup>535</sup> I.e. E.U.'er die niet voldoet aan de voorwaarden voor recht van vrij verkeer, bv. wegens onvoldoende bestaansmiddelen.

een kantmelding op te nemen in de inschrijving van elke vreemdeling in het vreemdelingenregister. Deze inschrijving vindt plaats op de diensten van de burgerlijke stand. Rijst een concrete vraag in het kader van bv. een huwelijksaangifte of de geboorteaangifte of erkenning van een kind, dan is de informatie snel voorhanden. In het kader van een gerechtelijke procedure zou systematisch een uittreksel uit het vreemdelingenregister, dat de kantmelding vermeldt, kunnen worden geleverd.

**224.** De tweede vraag kan worden beantwoord door het voorstel om de kantmelding aan te vullen met informatie betreffende het precieze ogenblik waarop de vreemdeling in beginsel voldoet aan de voorwaarden om de Belgische nationaliteit te verwerven. Verwerft een ouder de Belgische nationaliteit, dan zou deze wijziging van staat van rechtswege kunnen worden vermeld in de kant van de inschrijving van zijn kind(eren) in het vreemdelingenregister.

De ambtenaar en rechter zouden er tevens rekening mee moeten houden dat drie jaar verblijf voor onbepaalde duur volstaat om een naturalisatieaanvraag in te dienen en naar ons voorstel dus tevens om het bestaan van een stabiele verblijfspositie aan te nemen.

In de kantmelding zou tevens kunnen worden aangegeven vanaf welk ogenblik de betrokkene recht geniet op vestiging. Voor zover dat recht wordt gesteund op een andere grond dan de nationaliteit van een E.U.-Lidstaat of gezinshereniging bij een EU-onderdaan (*cf. supra*, uitsluiting van deze grond gezien het recht op vrij verkeer), zouden de ambtenaar en de rechter er eveneens een stabiele verblijfsituatie uit kunnen afleiden.

Dergelijke aktering van de persoonlijke situatie van elke vreemdeling binnen het verblijfsrecht en het nationaliteitsrecht zou van de ambtenaren een ernstige inspanning vergen. Dat beseffen we. Het onderzoek gebeurt evenwel vroeg of laat hoedanook, hetzij door de Dienst Vreemdelingenzaken n.a.v. een verzoek tot vestiging, hetzij door een rechter n.a.v. een verzoek tot nationaliteitsverklaring of –keuze.

Ons voorstel creëert m.a.w. geen nieuwe onderzoeken. Wél verlegt ze de last ervan naar een dienst die vandaag reeds overbelast wordt: de diensten van de burgerlijke stand. De oplossing is in beginsel eenvoudig: voorzien in bijkomend personeel.

De kost daarvan wordt o.i. gerechtvaardigd door drie elementen:

- a. De Dienst Vreemdelingenzaken en de rechter van eerste aanleg, eveneens overbelaste diensten, worden alvast enig werk uit handen genomen. Ze kunnen zich bij verzoeken tot toekenning van het recht om zich te vestigen resp. de Belgische nationaliteit ertoe beperken de correctheid van de gegevens na te gaan. Inzake familierechtelijk I.P.R. zal de snellere toepassing van Belgisch recht hen heel wat opzoekingswerk besparen.
- b. De vreemdeling wordt beter geïnformeerd aangaande zijn rechten: hij zou voortaan nauwkeurig weten en kunnen opvolgen wanneer hij een verzoek tot vestiging of tot verwerving van de Belgische nationaliteit kan indienen. Het weinig transparante karakter van de Vreemdelingenwet en de Nationaliteitswet zou hierdoor worden gecompenseerd, doordat elke vreemdeling de wet door een officiële instantie toegepast zou zien op zijn

persoonlijke situatie en volledige transparantie zou ontstaan over het ogenblik waarop er bepaalde rechten voor hem uit voortvloeien.

- c. Dit is trouwens de enige methode om met zekerheid na te gaan of de betrokkene reeds een stabiele verblijfsgeschiedenis heeft. De vreemdeling zal m.n. niet steeds uit eigen beweging aangeven wanneer hij in aanmerking komt voor de Belgische nationaliteit of voor het recht op vestiging, als hij daar niet onmiddellijk een voordeel in ziet en, meer nog, wil voorkomen dat Belgisch familierecht op zijn familiale situatie wordt toegepast (bv. bij voordeligere bepalingen in de *lex patriae*). Het is denkbaar dat hij bv. de Belgische nationaliteit van zijn ouder verzwijgt. Vereisen dat elke vreemdeling een identiteitsbewijs van zijn ouders voorlegt, is onhaalbaar omdat vele vreemdelingen de onmogelijkheid daarvan zullen aanhalen (om praktische<sup>536</sup> of inhoudelijke<sup>537</sup> redenen). Bovendien valt fraude niet uit te sluiten: is de ouder bipatride, dan zal de vreemdeling, als hem dat beter uitkomt, daar geen melding van maken en zal hij volstaan met het bewijs van de niet-Belgische nationaliteit van de ouder.

**225.** In dit onderzoek gaan we per onderzochte materie na welke behandeling het meest verantwoord is in het licht van het gelijkheidsbeginsel en de doelstelling van een billijke rechtsbedeling. De voorgestelde aanknopingsmethode zal geval per geval worden beoordeeld op zijn geschiktheid.

**226.** Wordt geopteerd voor een toepassing van de buitenlandse wet, dan zal het meermaals aangewezen zijn om buitenlandse rechtsfiguren die onbekend zijn naar Belgisch recht in te passen in de Belgische rechtsorde. Daartoe kan gebruik worden gemaakt van de adaptatietechniek die we hierboven hebben besproken.

---

<sup>536</sup> Bv. verbreking van het contact met de ouder.

<sup>537</sup> Bv. het overlijden van de ouder.

Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek

Deel 2A. De evolutie van het gelijkheidsbeginsel in het Belgische interne recht, met bijzondere aandacht voor het familierecht

Deel 2B. Beschouwingen omtrent de rol van nationaliteit in het recht, met bijzondere aandacht voor het I.P.R., gevolgd door een voorstel van nieuwe aanknopingsregel voor wat betreft het ontstaan van gezinsleven

Deel 2C. Gezinshereniging naar nationaal en internationaal recht: enkele inleidende aandachtspunten in het licht van het gelijkheidsbeginsel

## **Deel 2C**

# **Gezinshereniging naar nationaal en internationaal recht: enkele inleidende aandachtspunten in het licht van het gelijkheidsbeginsel**

Inleiding

Hoofdstuk 1. De nationale immigratiepolitiek, onderworpen aan verdragsrechtelijke bepalingen

Hoofdstuk 2. Het Belgische gezinsherenigingsrecht: verschijningsvormen van ongelijke behandeling op grond van nationaliteit inzake het recht op gezinshereniging op het niveau van de binnenkomst

Hoofdstuk 3. Verschijningsvormen van ongelijke behandeling inzake het recht op gezinshereniging op het niveau van de inschrijving in het vreemdelingenregister: de controle op de samenwoning

Besluit

*De wisselwerking tussen eerbiediging van het gezinsleven enerzijds en controle op immigratie anderzijds illustreert het toenemende beroep op fundamentele rechten en vrijheden in het vreemdelingenrecht. Steeds vaker dienen het Arbitragehof, het Hof van Cassatie en de Raad van State uitspraak te doen over de conformiteit van wet- en regelgeving met hogere rechtsnormen. Hun arresten sturen dan ook daadwerkelijk de ontwikkelingen in dit domein van het recht<sup>1</sup>.*

*La famille ne prévaut sur l'intérêt général que quand elle ne le met pas en péril<sup>2</sup>.*

## INLEIDING

1. In deze derde toegangspoort bestuderen we het Belgische gezinsherenigingsrecht. Zoals gezegd<sup>3</sup> is het van belang om een beoordeling van het gezinsconcept in het familierecht – de voornaamste doelstelling van dit onderzoek – te plaatsen in het geheel van het recht. De familierechtelijke kwalificatie van een verhouding tussen personen heeft gevolgen op velerlei vlak: erfrechtelijk, sociaal, fiscaal en voor vreemdelingen ook verblijfsrechtelijk.

2. De beoordeling van buitenlandse rechtsfiguren en de omgang met buitenlandse regels die beletten dat een huwelijk wordt aangegaan of een afstamming wordt vastgesteld heeft grote gevolgen voor de betrokken vreemdeling. De mogelijkheid om zijn feitelijk gezinsleven in België voort te zetten en de condities waaronder dit kan gebeuren, worden erdoor bepaald.

Om die reden zullen we, zoals gezegd, in onze verdere bespreking stilstaan bij de consequenties van deze of gene beoordeling voor de verblijfsrechtelijke positie van de betrokkenen.

3. In deze toegangspoort schetsen we de beoordelingscriteria die vandaag in het gezinsherenigingsrecht worden gehanteerd.

4. In hoofdstuk 2 beogen we de internationaalrechtelijke verplichtingen af te lijnen die in dit verband op België rusten. Art. 8 E.V.R.M. verleent een recht op bescherming van het gezinsleven. M.b.t. bepaalde verhoudingen tussen personen waar de interne wetgever geen recht op gezinshereniging aan koppelt, kan niettemin uit een toepassing van art. 8 E.V.R.M. worden besloten tot een

<sup>1</sup> D. VANHEULE, "Raakpunten van het vreemdelingen- en het burgerlijk recht", in A. ALEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Myns en Breesch, 1996, 421; in dezelfde zin M. NYS, "L'étranger, sa famille et le droit européen", *MRAX*, 1996, 5, die erop heeft gewezen dat de rol van mensenrechten in dit discours is ontstaan vanaf het ogenblik dat de migratie uitgesproken familiaal en gestabiliseerd werd, en is toegenomen n.a.v. de reactie op die wijziging in het migratiepatroon t.g.v. de migratiestop.

<sup>2</sup> F. JULIEN-LAFERRIERE, "Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale?", *D. (fr.)* 1992, Chron., 295: "C'est toujours l'ordre public qui est en jeu et, pour en apprécier les nécessités, le juge continuera – à tort ou à raison – de refuser de se substituer à l'Administration".

<sup>3</sup> Cf. *supra*, deel 1 (Algemene inleiding), randnrs 35-42, 60 en 67.

recht om zijn gezinsleven in een bepaalde Staat beschermd te zien. Een machtiging tot het verblijf zal op die gronden moeten worden verstrekt. Het I.V.R.K. beschermt o.m. het recht van het kind om binnen de grenzen van het mogelijke door zijn ouders te worden opgevoed<sup>4</sup>. Ook dit Verdrag kan de aanzet geven tot een verruimde bescherming binnen het verblijfsrecht<sup>5</sup>. Ook het Vluchtelingenverdrag geeft in dit verband (impliciete) instructies.

De voornaamste bron van invloed vormt evenwel het E.U.-recht. Sinds 1968 is de soevereiniteit van de Lidstaten inzake verblijfsrecht stap voor stap afgebouwd voor wat betreft E.U.-onderdanen en gelijkgestelden.

Sinds kort zijn voorstellen in behandeling die hetzelfde beogen m.b.t. derdelanders.

Het recht op vrij verkeer opent de grenzen binnen de Europese Unie. Het verblijfsbeleid van de ene Lidstaat heeft zo indirect ook gevolgen voor de migratiestroom naar andere Staten. Een harmonisering van het verblijfsbeleid is in dat opzicht noodzakelijk. Ook al hebben de voorstellen inmiddels reeds een hele weg afgelegd – één ervan is inmiddels Richtlijn geworden – en blijft van de oorspronkelijke ontwerpen niet veel meer overeind, we bevinden het nuttig om ze in hun huidige vorm te bespreken. Voorstellen tot wijziging van de huidige bepalingen inzake gezinshereniging die in de loop van het verdere onderzoek zullen worden uitgewerkt, zullen eraan worden getoetst.

5. In hoofdstuk 3 staan we nader stil bij de krachtlijnen van ons intern gezinsherenigingsrecht. De mate waarin een vreemdeling een beroep kan doen op gezinshereniging wordt in België bepaald door meer factoren dan alleen maar de vraag of tussen de betrokkenen gezinsleven bestaat. De nationaliteit van het reeds verblijfhoudende familielid bepaalt mee welke gezinsleden dergelijk recht genieten en of ze dat recht onvoorwaardelijk genieten of daarentegen onder vervulling van bepaalde externe voorwaarden, zoals geldige binnenkomstdocumenten, een behoorlijke huisvesting, voldoende bestaansmiddelen, een wachttijd e.a.

We beogen uitdrukking te geven aan onze evaluatie van deze voorwaarden die tot gevolg hebben dat de nationaliteit mee bepaalt in hoeverre juridisch (familierechtelijk erkend) gezinsleven wordt beschermd. Deze evaluatie staat los van het verdere onderzoek, en toch ook weer niet. We gaan er verder niet nader op in, omdat we ons toespitsen op de vraag hoe gezinsleven ontstaat en ons hierdoor beperken tot slechts één van de vereisten om aanspraak te maken op gezinshereniging: het hebben van een familieband die aanspraak op gezinshereniging *kan* verlenen. Omdat we dit criterium in het verdere onderzoek aan een evaluatie onderwerpen, en daarbij soms voorstellen tot een herziening van het beleid zullen formuleren, past het o.i. om toch ook kort aan te geven in hoeverre we ons kunnen terugvinden in de rest van de filosofie van de verblijfswet. Een lezing van het derde hoofdstuk is m.a.w. niet vereist met het

---

<sup>4</sup> Art. 9 I.V.R.K.

<sup>5</sup> Art. 10 I.V.R.K. spoort de Verdragsstaten aan tot een soepel beleid inzake gezinshereniging.

oog op de verdere ontwikkeling van dit onderzoek. We beschouwden het evenwel als onze plicht om het te schrijven, in het licht van het recht op een *effectieve* bescherming van het gezinsleven. Ook al wordt mogelijk eenzelfde familierechtelijk gezinsconcept gehanteerd m.b.t. vreemdelingen, ongeacht hun nationaliteit, de mogelijkheid om dat gezinsleven effectief te beleven in België wordt in het verblijfsrecht anders ingevuld. Bepaalde van die bijkomende vereisten schenden o.i. het gelijkheidsbeginsel.

6. De vraag hoe de Belgische wetgever en rechter omgaan met de instrumentalisatie van het familierecht voor het verblijfsrecht<sup>6</sup> en met een in beide rechtstakken verschillende invulling van de notie "te beschermen gezinsleven", hoe ze eerbied voor het feitelijk beleefde<sup>7</sup> familieleven enerzijds en een restrictief migratiebeleid anderzijds, met elkaar verzoenen, is het voorwerp van verder onderzoek, dat van start gaat na deze derde toegangspoort. Het gezinsconcept zal worden gedefinieerd en geëvalueerd.

7. Een samenvoeging van de conclusies van dat onderzoek met de conclusies van deze derde toegangspoort, is vereist om ook de *concrete* bescherming van het gezinsconcept binnen het gezinsherenigingsrecht te evalueren. Daartoe moeten immers ook de bijkomende verblijfsvoorswaarden op hun proportionaliteit worden getoetst.

8. Ze zullen mee opgenomen worden in de evaluatie, in het eindbesluit van dit onderzoek, van de wijze waarop de Belgische wetgever en rechter een verschillend gezinsconcept hanteren naar gelang van de betrokken rechtstak, het familierecht of het gezinsherenigingsrecht, en van de rechtvaardiging daarvan<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Door zich te beperken tot een selectieve aandacht voor de effectieve gezinsbeleving stelt het gezinsherenigingsrecht een materieel ongelijke behandeling in. Niet alle familierechtelijke gezinsleven verleent recht op gezinshereniging. Ook worden op familierechtelijk vlak en door familierechtelijke instanties (bv. de ambtenaar van de burgerlijke stand, adoptieinstellingen) maatregelen genomen tegen een afwending van het verblijfsrecht. Zie ook H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Het migratierecht en zijn dynamiek : het artefact van het schijnhuwelijk*, Kluwer, Deventer, 1998, 60 p., die aantoont hoe in de interne context door inwerking van de migratiepolitiek een ander huwelijksconcept aan het groeien is dan in I.P.R.-context.

<sup>7</sup> Te onderscheiden van een juridische kwalificatie als familieleven. Centraal in dit onderzoek staat net de vraag binnen welke grenzen de Belgische rechter bereid is een feitelijke gezinsbeleving ook juridisch als gezinsleven te kwalificeren.

<sup>8</sup> Cf. *infra*, algemeen besluit.

## HOOFDSTUK 1. DE NATIONALE IMMIGRATIEPOLITIEK, ONDERWORPEN AAN VERDRAGSRECHTELIJKE BEPALINGEN

9. Meerdere fundamentele beginselen, zoals de verplichting van de overheid om de openbare veiligheid in het land te verzekeren, liggen ten grondslag aan de ruime beoordelingsmarge die elke Staat kan hanteren bij de uittekening van zijn verblijfsrecht<sup>9</sup>. Met de immigratiestop van 1974 heeft de Belgische wetgever, evenals de wetgevers van de overige Europese Lidstaten<sup>11</sup>, een einde gesteld

<sup>9</sup> Zie o.m. Arbitragehof, nr. 4/96, 9 januari 1996, B.S. 27 februari 1996, waarbij tot een redelijke verhouding tussen het aangewende middel, het nationaliteitscriterium, en het nagestreefte doel, een restrictieve immigratiepolitiek, werd besloten, zonder dat de verantwoording van het nagestreefte doel op zich werd nagegaan. Zie ook o.m.: ECRM, nr. 14501/89, A en A t. Nederland, 6 januari 1992, D&R 72, 123; Hof Mensenrechten, arrest-Boughanemi, §41; Hof Mensenrechten, arrest-Amuur t. Frankrijk, §41; Hof mensenrechten, arrest-Bouchelkia, §48; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, 2002, 68; G. CVETIC, "Immigration cases in Strasbourg: the right to family life under article 8 of the European Convention", *I.C.L.Q.* 1987, 647; M. DENIS-LINTON, "L'extension du champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. fr. dr. adm.* 1993, 543; O. DE SCHUTTER, "La souveraineté de l'état et les droits de la personne immigrée", *Rev. dr. étr.* 1995, 261; A. KRUYT en J. NIESSEN, *Europees gelijk geregeld. Derdelanders in de Europese Unie*, Den Haag, Ministerie van Binnenlandse Zaken, Directie Coördinatie Integratiebeleid Minderheden, 1996, 1. Zie ook m.b.t. de soevereiniteit in het licht van het I.V.B.P.R.: punt 5 General Comment 15 van het Human Rights Committee (IVBPR) on 'the position of Aliens under the Covenant', 11 april 1986, weergeg. in P.J. VAN KRIEKEN, *The migration acquis handbook*, Den Haag, TMC Asser Press, 2001, 406.

<sup>11</sup> Zie bv. een bevestiging hiervan door de Resolutie van de Raad van 20 juni 1994 inzake de beperking van de toelating van onderdanen van derde landen tot het grondgebied van de Lid-Staten met het oog op tewerkstelling, PB. C. 274 van 19 september 1996, 3: "de toelating van derdelanders die geen bevoorrecht statuut genieten in toepassing van andere Europese regelgeving, wordt met het oog op het tewerkstellingsbeleid beperkt. De Lid-Staten nemen verzoeken om toelating tot hun grondgebied met het oog op tewerkstelling alleen in aanmerking als de vacatures niet kunnen worden vervuld door nationale of communautaire arbeidskrachten dan wel door niet-communautaire arbeidskrachten die permanent en legaal in de betrokken Lid-Staat verblijven en reeds tot de reguliere arbeidsmarkt van die Lid-Staat behoren". Sinds kort zetten tekorten op de arbeidsmarkt bepaalde Lidstaten ertoe aan te overwegen om de immigratiestop een halt toe te roepen. Zie o.m. de oprichting in Duitsland van een onafhankelijke commissie die "over de partijgrenzen heen, de krachtlijnen moet vastleggen van een 'actief migratiebeleid": "Duitse commissie zoekt consensus over einde migratiestop", *De Morgen* 18 juli 2000, 8.



aan de soepele verblijfsbepalingen die werden gehanteerd in het licht van de arbeidsmigratie.

10. Het recht om in familie te leven vormt sinds enkele decennia, naast een erkenning als vluchteling, de enige structurele<sup>12</sup> grond voor derdelanders om in België recht op verblijf af te dwingen<sup>13</sup>. Steeds vaker doen vreemdelingen dan ook een beroep op soepelere internationale bepalingen inzake gezinshereniging en, als *last resort*, op mensenrechtenbepalingen om tot het verblijf te worden gemachtigd<sup>14</sup>.

11. Op die manier is de gezinshereniging, oorspronkelijk ingesteld tot bescherming van gezinsleven dat reeds was aangegaan op het ogenblik dat de gezinshereniger binnenkwam, uitgegroeid tot voornaamste migratiegrond, meer nog: dreigen familierechtelijke instituten te worden misbruikt als migratieinstrument.

<sup>12</sup> Daarnaast zal art. 3 E.V.R.M. zich tegen een verwijdering verzetten die tot gevolg zou hebben dat de betrokkene terug wordt gestuurd naar een land waar hij reëel gevaar loopt.

<sup>13</sup> Zie bv. de definitie, in het licht van het onthaalbeleid, van het begrip 'nieuwkomer' in art. 4 §1, 2° Decreet 28 april 1998 inzake het Vlaamse beleid ten aanzien van etnisch-culturele minderheden, B.S. 19 juni 1998: "Nieuwkomers zijn vreemdelingen die zich voegen bij de allochtonen die zich bevinden in het Nederlandse taalgebied of het tweetalig gebied Brussel Hoofdstad, in het kader van gezinshereniging of gezinsvorming, of die als asielzoeker België binnenkomen".

Eenduidige cijfergegevens zijn niet voorhanden. De statistieken die de Dienst Vreemdelingenzaken bijhoudt, zijn gesorteerd per uitvoeringsbureau. Bureau A geeft verblijfsvergunningen af aan niet-EU- en niet-EER-onderdanen, bepaalde daarvan in het kader van gezinshereniging. De statistieken maken geen onderscheid naargelang het al dan niet om een gezinshereniging gaat. Het aantal gezinsherenigingen is immers terug te vinden zowel bij de kolom 'afgifte van identiteitskaart', als het een gezinshereniging betreft met een vreemdeling die reeds in België gevestigd is, als onder de kolom 'bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister –artikel 10' (waarbij geen opdeling gebeurt tussen de vier punten van artikel 10), en de kolom 'wijziging statuut'. Bureau E is bevoegd voor de afgifte van verblijfsvergunningen aan EU- en EER-onderdanen en bepaalde van hun familieleden. In hun statistieken is een specifieke kolom voorzien voor gezinshereniging, maar dan enkel die van een echtgeno(o)t(e) van een Belgische onderdaan. Specifieke cijfers over gezinshereniging van een echtgenoot met een EU/EER-onderdaan zijn niet beschikbaar, evenmin als cijfers over descendentes en ascendentes. Bureau Visa verzamelt meer gerichte cijfers in het kader van gezinshereniging van onderdanen uit visumplichtige landen. Bureau Visa 1 houdt cijfers in het kader van gezinshereniging bij op basis van artikel 10, eerste lid, 1° (gezinshereniging in toepassing van de bilaterale tewerkstellingsakkoorden gesloten tussen België en Marokko, Tunesië, Turkije, Algerije en Joegoslavië – lees: Slovenië, Kroatië, Macedonië, Bosnië-Herzegovina, Federale Republiek Joegoslavië (Servië en Montenegro)). Algemene cijfers m.b.t. gezinshereniging op basis van artikel 10, eerste lid, 4°, alsook op basis van artikel 40, zijn beschikbaar. Ook hier wordt evenwel geen indeling gemaakt naargelang het echtgenoten, ascendentes of descendentes betreft. Voorts geeft bureau Visa 1 ook cijfers over het aantal interlandelijke adopties. Bureau Visa 5 verstrekt cijfers over het aantal vrije adopties, alsook over gezinsherenigingen die plaats hebben buiten het kader van artikel 10 en 40, m.n. op basis van artikel 9 Vreemdelingenwet. Bureau Studenten verzamelt tenslotte cijfers inzake gezinshereniging met vreemde studenten.

<sup>14</sup> §5.12 Report A/CONF.171/13, UN document Cairo- Internationale conferentie "on population and development" van 18 oktober 1994, 34: een internationaal recht op gezinshereniging wordt vooralsnog niet erkend.

Het recht op gezinshereniging is beperkend omschreven. Familieleden die het niet kunnen inroepen, zullen zelf moeten bewijzen dat hun gezinsleven dermate sterk is en zich dermate op overtuigende wijze in België situeert<sup>15</sup>, dat een machtiging tot het verblijf alsnog tot de redelijke verwachtingen behoort.

**12.** We staan in deze bespreking vooreerst stil bij de Verdragsbepalingen die rechtstreeks of onrechtstreeks dit fundamentele<sup>16</sup> recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven beschermen en de vreemdeling die naar intern recht geen recht op gezinshereniging geniet, mogelijk alsnog een aanspraak op gezinshereniging verlenen.

In zoverre ze directe werking in de interne rechtsorde hebben, overstijgen de verdragsbepalingen door hun supranationale en territoriale<sup>17</sup> karakter de nationale bepalingen inzake gezinshereniging, evenals – in toepassing van het specialiteitsbeginsel<sup>18</sup> – algemenere internationaalrechtelijke regelgeving<sup>19</sup>. Onze aandacht zal zich voornamelijk toespitsen op art. 8 en 12 E.V.R.M., art. 2, 3, 5, 7, 9, 10 en 16 I.V.R.K. en het EU-recht<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Cf. *infra* de overgang van een *elsewhere* naar een *connections approach*.

<sup>16</sup> In een aantal Lidstaten is het beginsel van bescherming van het gezin opgenomen in de grondwet, bv. in Duitsland (art. 6 Grondwet), Portugal (art. 26 Grondwet), Griekenland (art. 21 Grondwet) en Italië (art. 21 Grondwet): Aanhef voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, 1 december 1999, COM (1999) 638 definitief, 99/0258. In Duitsland werd evenwel slechts met de aanpassing in 1990 van het *Ausländergesetz* een daadwerkelijk recht op gezinshereniging erkend, nadat het Bundesverfassungsgericht duidelijk had gesteld dat de Grondwet als dusdanig een dergelijk recht niet incorporeerde: BVerfGE 76, 1, *FamRZ* 1988, 363.

<sup>17</sup> Het recht op bescherming van het gezinsleven geldt voor eenieder die op ons grondgebied verblijft, ongeacht of dat verblijf legaal is: F. JULIEN-LAFERRIERE, "Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale?", *D. (fr.)* 1992, Chron., 292. Zie eveneens enkele algemene werken in de materie: J. ROBERT EN J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Parijs, Montchrestien, 1996, 853 p.; UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Les nouveaux droits de l'homme en Europe, XIe congrès*, 29, 30, 31 mai 1997, Brussel, Bruylant, 1999, 375 p.

<sup>18</sup> Lex specialis derogat legi generali.

<sup>19</sup> Weliswaar kan de toepassing ervan gemilderd worden bij een botsing met andere grondrechten of hogere belangen. Ook in dat geval zal evenwel minstens een voorafgaande toetsing van de betreffende bepalingen zich opdringen.

<sup>20</sup> Daarnaast spelen nog andere relevante Verdragsbepalingen. Deze hebben evenwel slechts betrekking op vreemdelingen met een welbepaalde nationaliteit en worden verder in het onderzoek, bij de bespreking van wijzen van ontstaansleven behandeld. Door hun concrete toespitsing op bepaalde situaties verlenen ze een rechtstreeks recht op gezinshereniging en onderscheiden ze zich van de hieronder besproken abstractere beschermingsbepalingen.

## A. ART. 8 EN 12 E.V.R.M. EN HET RECHT GEZINSHERENIGING

### A.1. DE NEGATIEVE VERPLICHTING VAN DE LIDSTATEN OM GEEN ONGERECHTVAARDIGDE INBREUK TE MAKEN OP HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN HET PRIVÉ- EN GEZINSLEVEN EN OP HET RECHT OM TE HUWEN EN OM EEN GEZIN TE STICHTEN

13. Uit geen enkele bepaling van het E.V.R.M. kan een algemeen recht op binnenkomst of verblijf in een bepaalde Verdragsstaat of een algemeen recht om niet te worden uitgewezen, worden afgeleid<sup>22</sup>. Niettemin vormen ook in deze

<sup>22</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Chahal t. V.K. van 15 november 1996, *D.R.* vol. V, <http://www.dhcour.coe.fr>, §73: "Les états-contractants ont, en vertu du principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités internationaux y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux"; zie ook: Hof Mensenrechten, arrest-D. t. V.K. 2 mei 1997, *Publ. Cour eur. D.H.* 1997-III, §46; Hof Mensenrechten, arrest-Gül t. Zwitserland, 159; Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab; Hof Mensenrechten, arrest-Bouchelkia t. Frankrijk, §48; Hof Mensenrechten, arrest-Ahmut t. Nederland; Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, Cabales en Balkandali; E.C.R.M. nr. 1855/63 van 24 april 1965, *Ann. Conv.* VIII, 203; E.C.R.M. nr. 7289/75 en nr. 7349/76 van 14 juli 1977, *D&R* 9, 57; Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, §68, arrest-Gül t. Zwitserland en arrest-Ahmut t. Nederland: is samenleving in een andere Staat of regelmatig bezoek mogelijk, dan volstaat zulks in het licht van art. 8 E.V.R.M. (zie evenwel recent Hof Mensenrechten, arrest-Sen t. Nederland van 21 december 2001, *cf. infra* hoofdstuk 2, C.2.c); E.C.R.M. 17 december 1976, zaak-Agee t. V.K., *D.R.* vol. 7, 184; Hof mensenrechten, arrest-Soering, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 161, §85: het EVRM beschermt niet tegen individuele uitzetting. Zie ook o.m. G. COHEN-JONATHAN, *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, 362; G. CVETIC, *I.c.*, 647; L. SILVEIRA, "The admission of aliens to the territory of the host country and their residence there", in COUNCIL OF EUROPE, DIRECTORATE OF HUMAN RIGHTS, *Human rights of aliens in Europe*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, 114-115; M. VAN DE PUTTE, *I.c.*, 10; L. WALLEYN, "L'état civil et les mariages d'étrangers en séjour irrégulier", *Rev. dr. étr.* 1997, 56 (art. 12 E.V.R.M. verleent geen recht op verblijf n.a.v. huwelijk). Art. 4 vierde Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, tot het waarborgen van bepaalde rechten en vrijheden, die niet reeds in het Verdrag en in het eerste Aanvullend Protocol daarbij zijn opgenomen, is de enige expliciete bepaling inzake verblijfsrecht en bepaalt slechts dat de collectieve uitzetting van vreemdelingen is verboden; P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF (1998), 322-325, 515, 653-655, 667.

materie de bepalingen van het E.V.R.M. (meer bepaald art. 3, 8, 12 en 14 E.V.R.M.) en zijn aanvullende protocollen de meest afdwingbare vorderingsgrond.

De mogelijkheden die de bepalingen verschaffen in de materie van het verblijfsrecht zijn vooralsnog evenwel beperkt gebleken. Tot op vandaag wordt de Verdragsstaten een ruime beoordelingsmarge gelaten<sup>23</sup>.

#### A.1.A. ART. 12 E.V.R.M.

**\* Geen recht om in België te huwen – wel een bescherming van het bestaande huwelijk en van het gezin in toepassing van een elsewhere of connections approach**

14.Art. 12 E.V.R.M. verplicht de Verdragsstaten niet om elke vreemdeling toe te staan in België te huwen of een gezin te stichten. Bij de beoordeling van het recht op gezinshereniging bij beginnend familieleven wordt de Verdragsstaten een beduidend ruimere beoordelingsmarge gelaten dan bij een oordeel dat betrekking heeft op bestaand familieleven<sup>24</sup>. De gezinsrechten worden geacht

<sup>23</sup> Wordt geoordeeld dat de beperkingen aan het recht op verblijf niet raken aan art. 8 E.V.R.M. omdat het E.V.R.M. niet het recht waarborgt om zijn land van verblijf te kiezen, dan moet de betrokken regel in beginsel ook niet gerechtvaardigd worden. Dergelijke omzeiling van de mensenrechtentoets wordt door de meeste auteurs evenwel van de hand gewezen: P. MOCK, "Convention européenne des droits de l'homme, immigration et droit au respect de la vie familiale", *Pratique juridique actuelle* 1996, 541 e.v. en "Mesures de police des étrangers et respect de la vie privée et familiale", *Revue de droit suisse* 1993, 90 e.v., haalt als argumenten aan dat enerzijds van gedwongen verplaatsingen binnen het land wél reeds werd aangenomen dat ze ressorteren onder de bescherming van art. 8 E.V.R.M., en dat anderzijds de loutere vraag wat tot het begrip 'gezinshereniging' kan worden gerekend, reeds deel uitmaakt van een onderzoek in het licht van art. 8 E.V.R.M. Er wordt voor gepleit om meer gradaties in te bouwen in de huidige rechtspraak en om de appreciatiemarge van de Verdragsstaten mede te evalueren a.h.v. de sterkte van de banden met de Belgische rechtsorde. P. MOCK, *l.c.*, noot 135, denkt daarbij aan de tweedegeneratiemigranten. De voorstellen betreffen vnl. de thematiek van de uitzetting. We gaan hier niet verder op in. Pro een redelijk gebruik van de ruime-margetechniek: o.m. J. CALLEWAERT, "Quel avenir pour la marge d'appréciation?", in ROLV RYSSDAL, P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD en L. WILDHABER (eds), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 147-166; LORD MACKAY OF CLASHFERN, "The margin of appreciation and the need for balance", *l.c.*, 837-844; *contra*: M. DE SALVIA, "Contrôle européen et principe de subsidiarité: faut-il encore (et toujours) élargir à la marge d'appréciation?", *l.c.*, 382-384 (kritisch wegens de huidige weinig precieze motivering; de techniek staat de ontwikkeling van een gemeen Europees recht in de weg).

<sup>24</sup> O.m. M.C. FOLETS, "De internationale bescherming van het gezinsleven van vreemdelingen in België", *T. Vreemd.* 1995, 6-9. Het recht om te huwen wordt expliciet gewaarborgd door: omz. 28 augustus 1997, betreffende de procedure van de huwelijksafkondiging en de documenten die dienen overgelegd te worden ten einde een visum met het oog op het afsluiten van een huwelijk in het Rijk te bekomen en ten einde een visum gezinshereniging op basis van een huwelijk afgesloten in het buitenland te bekomen, B.S. 1 oktober 1997 (opgeheven door de Omz. van 17 december 1999, inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, B.S. 31 december 1999, die dezelfde lijn volgt); omz. 14 juli 1998 betreffende de verblijfsvoorwaarden voor E.G.-onderdanen en hun familieleden alsmede betreffende de verblijfsvoorwaarden voor de vreemde familieleden van de Belgische onderdanen,

voldoende beschermd te zijn als het familieleven en het recht om te huwen en een gezin te stichten elders kunnen worden uitgeoefend<sup>25</sup>.

15. Deze zogenaamde *elsewhere approach* wordt eveneens in het licht van art. 8 E.V.R.M. gehanteerd<sup>27</sup>. Ze wekt de indruk dat de E.V.R.M.-bepalingen geen rechten als dusdanig beschermen, maar slechts beogen als een *ultimum remedium* tussen te komen. Niet alleen laat deze benadering toe dat een derdelander de *toegang* tot het Rijk worden ontzegd. Een vreemdeling die ter gelegenheid van een voorgenomen huwelijk een beroep wil doen op voortgezet verblijf, op grond van gezinshereniging, maar die niet langer over geldige verblijfsdocumenten beschikt, bv. omdat hem een verlenging van zijn verblijfstitel is geweigerd nadat is gebleken dat hij niet langer aan de bestaansmiddelenvereiste voldoet, of omdat zijn toeristenvisum is verlopen, kan in beginsel worden *verwijderd* en moet geen andere keuze worden gelaten dan in het buitenland te huwen en vervolgens van daaruit een aanvraag tot gezinshereniging te richten tot de Dienst Vreemdelingenzaken<sup>28</sup>.

---

B.S. 21 augustus 1998; Omz. 12 oktober 1998 betreffende de aanvraag tot verblijf of tot vestiging in het Rijk die na het voltrekken van het huwelijk ingediend wordt op grond van de artikelen 10 of 40 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, B.S. 6 november 1998.

<sup>25</sup> H. STOREY, "The right to family life and immigration case law at Strasbourg", *ICLQ* 1990, 341-343; X. PESENTI, "Les couples mixtes et étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme", in H. FULCHIRON, o.c., 149. Zie evenwel de evolutie naar een *connections approach*, cf. *infra*, randnrs 18-23 en 35, bv. door H.R. (Ndl.) 27 november 1987, *RV* 1987, 18, waarbij een vrouw die eerder Nederland was uitgezet en het land op illegale wijze weer was binnengekomen, werd toegestaan om in Nederland te huwen, omdat het haar en haar vriend aan de financiële middelen ontbrak om dat in het buitenland te doen. De aanvankelijke weigering schond het fundamentele recht om te huwen.

<sup>27</sup> O.m. Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz; Hof Mensenrechten, arrest-X. vs Duitsland 7175/75, *D&R* 6, (1977); E.C.R.M., zaak-X en Y tegen Nederland, 6 mei 1985, 10914/84, met verwijzing naar Hof Mensenrechten, arrest-Golder, 21 februari 1975 en E.C.R.M., zaak-Draper vs. U.K., 10 juli 1980; E.C.R.M., zaak-Mahfaz, 19 februari 1992, nr. 17531/90. Hierover o.m. L. JORDENS-COTRAN, "Wet Voorkoming Schijnhuwelijken (II)", *M.R.* 1996, 3-11; P. VAN DIJK, "Toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland. De eerbieding van het familie- en gezinsleven op grond van art. 8 E.V.R.M.", *N.J.C.M.-bulletin* 1994, 12. Bij de beoordeling van de proportionaliteit van de weigering wordt rekening gehouden met de gezinstoestand op het ogenblik van de beoordeling zelf: o.m. Hof Mensenrechten, arrest-Mehemi t. Frankrijk, § 34 tot 37; Hof Mensenrechten, arrest-El Boujaïdi t. Frankrijk, §30 e.v.

<sup>28</sup> R.v.St. nr. 42.002, 17 februari 1993, *R.A.C.E.* 1993. Zie ook C.E. fr. 10 november 1995, nr. 14.3275, *Gaz. Pal. (fr.)* 1998, 11 (geen disproportionele inbreuk op het familieleven of op het recht om te huwen, ook niet als de betrokkenen reeds gedurende geruime tijd samenleefden. Niettemin: "d'autre part, cet arrêté (de reconduite) ne peut avoir pour objet ni pour effet d'interdire à l'intéressée de se marier"). Cf. *infra* evenwel de ontwikkelingen ter zake en de tegenstrijdige rechtspraak door de Nederlandstalige en de Franstalige kamer van de Raad van State.

**16.** Ook van de partner die hier rechtsgeldig verblijft, kan worden verwacht dat hij zich naar het buitenland begeeft om daar te huwen, tenzij “van beide partners in redelijkheid niet kan worden verlangd deze plannen buiten het land te realiseren”<sup>29</sup>. Dit voorbehoud is aangewezen zowel bij een onmogelijkheid ten gronde, bv. als in het land van herkomst van de andere partner een huwelijksbeletsel geldt dat in toepassing van Belgisch I.P.R. buiten toepassing zou worden gelaten<sup>30</sup>, als bij een louter omstandelijke onmogelijkheid, zoals een gebrek aan financiële middelen<sup>31</sup>, of een weigering door het land van herkomst van de andere partner om de Belgische partner toe te laten<sup>32</sup>.

**17.** De genoemde omstandigheden om de betrokkenen alsnog toe te laten om in België te huwen, moeten door elke vreemdeling met wettig verblijf in België kunnen worden ingeroepen. Zodra een vreemdeling op wettige wijze in België verblijft, geniet hij immers de bescherming van het E.V.R.M. Wordt de mogelijkheid om met de partner van zijn keuze te huwen hem elders, m.n. in het land van herkomst van beide partners<sup>33</sup>, onzegd, terwijl hij in België daartoe wél in de mogelijkheid gesteld zou worden na buitentoepassingverklaring van het ongeoorloofde buitenlandse huwelijksbeletsel, dan zou een weigering om de partner met het oog op de huwelijksluiting toe te laten o.i. disproportioneel zijn. De partners zouden immers definitief de kans worden onzegd om te huwen. Ze zouden vervolgens ook niet een verzoek tot gezinshereniging kunnen instellen. Het huwelijksverbod zou m.a.w. op geen enkele manier in België kunnen worden aangekaart en gecorrigeerd. Uit het recht op verblijf in hoofde van één van de partners kan o.i. nochtans een voldoende sterke band met de Belgische rechtsorde worden afgeleid opdat die dergelijke correctie zou doorvoeren.

<sup>29</sup> E.C.R.M., zaak X. vs. B.R.D., 12 juli 1976, nr. 7175/75, 1977, D.R. 6, 138; Kort Ged. Bergen 1 oktober 1993, J.L.M.B. 1994, 104. Ook als de betrokkene een bevel heeft gekregen om het grondgebied te verlaten en als de termijn om dat bevel na te leven, vervallen is, moet in dit licht worden toegestaan dat het bevel verlengd wordt: *Vr. en Antw.* Kamer 1992-93, 11 juni 1992 (Vr. nr. 99 VAN EETVELT); *Vr. en Antw.* Senaat 1985-86, 4 juli 1986 (Vr. nr. 119 LAFOSSE). Zo ook heeft de Nederlandse Hoge Raad reeds geoordeeld dat een vrouw die eerder Nederland was uitgezet, maar illegaal weer was binnengekomen, moest worden toegestaan om in Nederland te huwen, omdat het haar en haar vriend aan de financiële middelen ontbrak om dat in het buitenland te doen: zie L. JORDENS-COTRAN, “Wet Voorkoming Schijnhuwelijken (II)”, M.R. (Ndl.) 1996, 3-11, met verwijzing naar H.R. (Ndl.) 27 november 1987, R.V. (Ndl.) 1987, 18. Ook de stelling van C.E. fr. 10 november 1995, nr. 14.3275, *Gaz. Pal.* (fr.) 1998, 11, dat “d’autre part, cet arrêté (de reconduite) ne peut avoir pour objet ni pour effet d’interdire à l’intéressée de se marier” moet vermoedelijk ook in deze zin worden gelezen.

<sup>30</sup> Bv. bij voorgenomen gemengd huwelijk tussen een islamitische vrouw en een niet-Moslim. We kunnen er niet van uitgaan dat een gemengd koppel steeds de mogelijkheid heeft om consulaire te huwen in het land van herkomst en zo alsnog kan ontsnappen aan het huwelijksbeletsel. Het Belgische recht sluit dat voor een Belg bovendien uit. Een Belgisch consulaire huwelijk kan slechts plaatsvinden als beide partners de Belgische nationaliteit hebben. Art. 170, lid 2 Franse C.C. laat slechts nationaliteitsgemengde consulaire huwelijken toe mits de bruidegom de Franse nationaliteit heeft.

<sup>31</sup> zie E.C.R.M., zaak X t. BRD, 16 juli 1965.

<sup>32</sup> Die Staat redeneert mogelijk op dezelfde wijze als België en meent dat het huwelijk maar in de Staat van herkomst van de buitenlandse partner moet worden aangegaan.

<sup>33</sup> De *elsewhere-approach* heeft zoals gezegd slechts betrekking op de landen waar de betrokkenen toegang tot het verblijf genieten en de beoogde rechtshandeling kunnen voltrekken.

18. Latere uitspraken van de E.C.R.M. en van het Hof voor de Mensenrechten geven aan dat de *elsewhere approach* niet langer het monopolie geniet. Aandacht voor de integratie van de betrokkene in zijn huidige land van verblijf begint door te sijn en heeft in een aantal gevallen reeds geprimeerd op de vraag of de betrokkene nog banden had met het land van herkomst. De overstap naar een *connections approach* is ingezet<sup>34</sup>.

**\* Het recht om een gezin te stichten, vooralsnog voorbehouden aan gehuwden (over de vooralsnog niet beschermde situatie van buitenhuwelijk samenwonenden)**

Art. 12 E.V.R.M. schept geen recht om in België te huwen en vervolgens te verblijven. *A fortiori* kan uit de bepaling geen recht voor buitenhuwelijkse partners op verblijf in België worden afgeleid. Meer nog, het Hof voor de Mensenrechten heeft in de zaak-Abdulaziz verduidelijkt dat art. 12 E.V.R.M. slechts speelt in de hypothese dat een vreemdeling een andere vreemdeling wil laten overkomen om samen in de Verblijfsstaat een huwelijk aan te gaan<sup>35</sup>. Daarmee lijkt het Hof uit te sluiten dat het recht om een gezin te stichten, zoals beschermd door art. 12 E.V.R.M., kan worden losgekoppeld van het huwelijksinstituut<sup>36</sup>. De Europese instanties hebben zich ter zake nog niet uitdrukkelijk<sup>37</sup> moeten uitspreken.

<sup>34</sup> E.C.R.M., zaak-X. en Y. t. Zwitserland, nr. 7289/75 en 7349/76, *D.R.* 9, 57: "a measure of prohibition of entry can therefore only be considered as interfering with a person's private or family life if that person is firmly established in the territory concerned". M.b.t. art. 8 E.V.R.M.: Hof Mensenrechten, arrest-Sen t. Nederland van 21 december 2001. Zie ook RAAD VAN EUROPA, *Eindcommuniqué zesde Conferentie Europese Ministers voor migratiezaken*, Warschau 16-18 Juni 1996, *internet*: geeft impliciet aan dat een *connections approach* is aangewezen, mits de betrokkene geen familie meer heeft in het land van oorsprong en de taal niet spreekt; H. STOREY, "The right to family life and immigration case law at Strasbourg", *ICLQ* 1990, 337-338: de *elsewhere approach* negeert het feit dat echte families in realiteit niet de gewoonte hebben om rond te trekken, hoe mobiel onze samenleving ook is geworden. De *connections approach* beantwoordt beter aan het organische karakter van het familieconcept. *Contra*: Hof Mensenrechten, arrest-Ahmut t. Nederland van 28 november 1996 (het Hof beperkte zich tot de vaststelling dat de vrouw haar kind vrijwillig had verlaten voor haar nieuwe partner; de vader was intussen wel al Nederlander, maar het kind had de Marokkaanse nationaliteit en was door zijn moeder en haar familie in Marokko opgevoed) (deze uitspraak mag verwonderen aangezien het Hof er geen rekening mee heeft gehouden dat het kind nog jong was en dat de vader er als onderdaan rechtmatig belang bij had om te blijven leven in het land waarvan hij inmiddels de nationaliteit had); Hof Mensenrechten, arrest-Gül t. Zwitserland van 19 februari 1996 (de betrokkene had er volgens het Hof door vrijwillig te vertrekken uit Turkije zelf voor geopteerd zijn zoon aan zijn lot over te laten; het ontbreken van objectieve belemmeringen (de betrokkene genoot er opvang) om in het thuisland te blijven vormde *in casu* een voldoende rechtvaardiging); Hof Mensenrechten, arrest-Mehemi; Hof Mensenrechten, arrest-Bouchelkia en Hof Mensenrechten, arrest-Dalia, §45 en 53.

<sup>35</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, 28 mei 1985, *Publ. Cour eur. D.H.*, serie A, nr. 94, §62.

<sup>36</sup> *Contra*: P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF, o.c., 1998, 613-614: de evolutie van het gezinsdenken geeft volgens hen aan dat art. 12 E.V.R.M. "would seem to leave sufficient scope for an interpretation of the concept of 'founding a family' in which these developments are taken into account".

<sup>37</sup> Het Hof heeft weliswaar in het arrest-Rees gesteld: "article 12 is mainly concerned to protect marriage as the basis of the family" (Hof mensenrechten, arrest-Rees van 17 oktober 1986, Serie A, nr. 106, 19), maar deed dat mogelijk *in tempore non suspecto* en kon zeker nog geen rekening

**A.1.B. ART. 8 E.V.R.M.****\* *Geen recht op gezinshereniging - wel een steeds soepelere connections-approach***

19. Kan een vreemdeling zijn recht om te huwen in België uitoefenen, dan betekent dat nog niet dat hij en zijn partner zich hier kunnen vestigen<sup>38</sup>. De Verdragsstaten zijn vrij om al dan niet een beleid inzake gezinshereniging te voeren<sup>39</sup>.

20. Doen ze dat niet, dan volgt uit art. 8 E.V.R.M. slechts de verplichting om het gezinsleven niet te beletten. Slechts als de betrokkenen hun gezinsleven niet in een andere Staat kunnen voortzetten, zal de aangezochte Staat hen in toepassing van art. 8 E.V.R.M. tot het verblijf moeten machtigen.

Enkel een gerechtvaardigde weigeringsgrond kan hen van die verplichting ontheffen. Strikt genomen moet de weigeringsgrond steunen op een wettelijke bepaling die voldoende voorzienbaar, toegankelijk en precies is voor de vreemdeling, opdat deze zijn gedrag er zou kunnen op afstemmen<sup>40</sup>. Het Hof voor de Mensenrechten heeft evenwel reeds geoordeeld dat vagere argumenten,

---

houden met de evoluties die zich sindsdien hebben voorgedaan en die een gewijzigde opvatting mogelijk rechtvaardigen.

<sup>38</sup> De appreciatiemarge van de Staten is ruim: Hof Mensenrechten, arrest-Gül van 19 februari 1996, *T. Vreemd.* 1996, 128, § 38: 'Il s'agit en l'espèce d'un litige ayant trait non seulement à la vie familiale, mais aussi à l'immigration (...). L'article 8 ne saurait s'interpréter comme comportant pour un état l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur résidence commune et de permettre le regroupement familial sur son territoire'; Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, Cabales en Balkandali van 28 mei 1985, *Publ. Cour eur. D.H.*, serie A, nr. 94, §67: "les exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les états contractants"; E.C.R.M. nr. 9369/81, *D&R* 32, 220; L. WALLEYN, "Recht op huwelijk en gezinsleven voor niet-verblijfsgerechtigde vreemdelingen", in K. RIMANQUE (ed.), *Jaarboek 1996/97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1997, 155. Zie ook een algemene verwijzing door: H. FULCHIRON, "Avant-propos", in H. FULCHIRON (ed.), *Les étrangers et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Parijs, L.G.D.J., 1999, 11; H. LABAYLE, "L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale", in H. FULCHIRON, o.c., 101; H. STOREY, *I.c.*, 331; S. PEERS, R. BARZILAY, K. GROENENDIJK, E. GUILD, *The legal status of persons admitted for family reunion. A comparative study of law and practice in some European states*, Council of Europe Publishing, Community relations, Directorate General III- Social Cohesion, 2000, 10: slechts de uitzetting valt onder de regeling van art. 8 E.V.R.M.; F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 343.

<sup>39</sup> Zie o.m. R. CHOLEWINSKI, "Family reunification and conditions placed on family members: dismantling a fundamental human right", *EJML* 2002, 271-290, tevens met verwijzing naar ILO Committee of Experts Report on migrant workers, report III, juni 1999, Genève, 87<sup>th</sup> session of ILO-Conference on migrant workers, §473.

<sup>40</sup> M. BUQUICCHIO-DE BOER, "Les droits de l'enfant dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, vus dans la perspective de la Convention des nations Unies", *Dr. Q. M.* 1997, afl. 17, 42; C.J. STAAL, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995, 211-221, 91.



zoals de bescherming van de nationale arbeidsmarkt<sup>41</sup> en de bescherming van de openbare orde<sup>42</sup> een legitiem doel kunnen vormen<sup>43</sup>. Bij de toets in hoeverre de maatregel noodzakelijk is in een democratische samenleving wordt een ruime beoordelingsmarge gelaten aan de betrokken Staat<sup>44</sup>. Het Hof voor de Mensenrechten beperkt zich tot een marginale controle a.h.v. twee criteria: de vereiste van de 'pressing social need', m.a.w. van voldoende pertinente motieven<sup>45</sup>, en de 'fair balance'-test<sup>46</sup>. In het kader van deze tweede afweging wordt de reeds genoemde 'elsewhere approach'<sup>47</sup> gehanteerd. Enkel als het familieleven om wettelijke<sup>48</sup> of praktische onoverkomelijke<sup>49</sup> hindernissen niet in het buitenland kan worden beleefd, is er sprake van een ongeoorloofde inmenging in het familieleven.

21. Kiest een Staat wél voor een gezinsherenigingsbeleid, dan wordt dat onderworpen aan de beschermingscriteria van art. 8 en 14 E.V.R.M.<sup>50</sup> De Verdragsstaten kunnen bijkomende verblijfsvoorwaarden opleggen, mits die redelijk zijn. De meeste Verdragsstaten hanteren o.m. een bestaansmiddelenvereiste<sup>51</sup> en andere economische voorwaarden<sup>52</sup>. Deze

<sup>41</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, Cabales en Balkandali van 28 mei 1985, §68.

<sup>42</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Moustaquim; Hof Mensenrechten, arrest-Beldjoudi.

<sup>43</sup> De bepaling is zodanig ruim geformuleerd dat haast elke doelstelling verantwoord is: V. COUSSIRAT-COUSTERES, "Article 8 § 2", in L.E. PETTITI en P.H. TEITGEN (ed.), *La convention européenne de droits de l'homme, commentaire article par article*, Parijs, Economica, 1995, 328.

<sup>44</sup> M. BUQUICCHIO-DE BOER, *I.c.*, 43; R. CHOLEWINSKI, "Strasbourg's 'hidden agenda'? The protection of Second-generation migrants from expulsion under article 8 of the European Convention on Human Rights", *NQHR* 1994, 295; S. PARMENTIER, "De uitwijzing van criminele vreemdelingen en het recht op gezinsleven", (noot onder Hof Mensenrechten, arrest-Beldjoudi van 26 maart 1992), *T. Vreemd.* 1992, 320-321.

<sup>45</sup> M. BUQUICCHIO-DE BOER, *I.c.*, 43; C.J. STAAL, *o.c.*, 91; H. STOREY, "The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg", *I.C.Q.L.* 1990, 339.

<sup>46</sup> R. CHOLEWINSKI, *I.c.*, 269-298; O. DE SCHUTTER, "La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public", *Rev. dr. étr.* 1997, 178-186.

<sup>47</sup> Kan men elders zijn gezinsleven ontwikkelen, dan geniet men geen bescherming tegen uitwijzing: H. STOREY, "The right to family life and immigration case law at Strasbourg", *ICLQ* 1990, 331. Zie bv. E.C.R.M., zaak-Agee vs. V.K., nr. 7729/76, *D&R.* 7, 164 of 184: 'ce pouvoir doit être exercé de telle sorte qu'il ne porte pas atteinte aux droits garantis à l'intéressé par la convention'; E.C.R.M. nr. 7031/75, *D&R.* 6, 124; E.C.R.M., nr. 7048/75, *D&R.* 9, 42, 43; Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab, Cabales en Balkandali; E.C.R.M. nr. 9478/81, X. t. B.R.D., *D&R.* 27, 243 (*in casu* gerechtvaardigde uitzetting wegens nog voldoende banden met het land van oorsprong); E.C.R.M. nr. 10375/83, S t. V.K., 10 december 1984, *D&R.* 40 (1985), 196; E.C.R.M. nr. 25073/94, zaak-Larbie, 28 februari 1996, 21 *EHRR* CD 103; R.v.St. nr. 50.428, 25 november 1994, *T. Vreemd.* 1995, 170 (veroordeling Belgische staat omdat de betrokken Belg zijn niet tot het verblijf toegelaten Albanese echtgenote onmogelijk naar Albanië kon volgen, als zoon van een erkende Albanese vluchteling).

<sup>48</sup> E.C.R.M. nr. 5269/71, *D&R.* 39, 104; E.C.R.M. nr. 5301/71, *D&R.* 43, 82.

<sup>49</sup> E.C.R.M. nr. 7816/77, *D&R.* 9, 129; E.C.R.M. nr. 8245/78, *D&R.* 24, 98; E.C.R.M. nr. 9492/81, *D&R.* 30, 232.

<sup>50</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz.

<sup>51</sup> E.C.R.M. nr. 14.102/88, zaak-Aygün t. Zweden, *D&R.* 63, 1989, 195. Zie ook P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF (1998), 668.

<sup>52</sup> P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF (1998), 670: het economisch welzijn kan dienen als weigeringsgrond voor het verblijf. We denken bv. aan de vraag naar de rechtvaardiging van de Europese Richtlijnen die een ziekteverzekering verplicht stellen, en van de voorwaarde van

doorstonden aanvankelijk vrij soepel de klassieke rechtvaardigingstoets<sup>53</sup>. Er werd de Staten een ruime beoordelingsmarge gelaten.

Mettertijd is evenwel ook in dit verband een *connections approach* doorgesijpeld. Een argument als de bescherming van de arbeidsmarkt vormt niet langer een overtuigend criterium om een vreemdeling die in het land is geboren of er reeds sinds lange tijd verblijf houdt, geen andere keuze te laten dan het land te verlaten, wil hij zijn gezinsleven voortzetten<sup>54</sup>. Een huwelijk met een Belg of met een erkende vluchteling levert een nog sterkere *connection* op<sup>55</sup>. Recente rechtspraak lijkt bovendien uit te wijzen dat de toetsing zich steeds meer toespitst op de centrale vraag of de inbreuk in het familieleven noodzakelijk is in een democratische samenleving<sup>56</sup>. Hiermee lijkt de *elsewhere approach* volledig verlaten voor een *connections approach*, en lijkt het 'kennelijk onredelijk'-criterium plaats te ruimen voor een effectieve redelijkheidstoets.

## 22. Ook andere grondrechten, zoals deze van art. 3<sup>57</sup> en art. 14 E.V.R.M.,

---

tenlasteneming in de Omz. van 30 september 1997 en in art. 3*bis* Vreemdelingenwet. Zie ook een bevestiging in die zin door RAAD VAN EUROPA, *Eindcommuniqué zesde Conferentie Europese Ministers voor migratiezaken*, Warschau 16-18 Juni 1996, *internet*. Zie ook Nederland: aanrekening van de kosten van inburgeringsprogramma's aan de gezinshereniger (hierover o.m. S. VAN WALSUM, "Vrouwen emanciperen door het weren van mannen?", *Nemesis* 2002, 169-172).

<sup>53</sup> O.m. E.C.R.M., zaak-Hamer t. V.K. van 3 december 1979, *D&R* 5, 15, § 68: "The refusal of the necessary permission or facilities is... to be seen as an interference with the relevant Convention right by the competent authorities, which may or may be not justifiable under the Convention". Zie ook E.C.R.M., zaak-Draper t. V.K. van 10 juli 1980, *D&R* 72, 80, §55.

<sup>54</sup> E.C.R.M. nr. 5445 en 5446/72, *D&R* 42, 146; E.C.R.M. nr. 6357/73, *D&R* 1, 77; E.C.R.M. nr. 6357/73, zaak-X. t. BRD, *D&R* 12, 77-78; E.C.R.M. nr. 8244/78, zaak-Singh, 2 mei 1979, *D&R* 17 (1980), 156. Zie ook o.m. Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz; Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab; E.C.R.M. nr. 3325/67, *Yearbook* 10, 528.

<sup>55</sup> P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF, o.c., 516; R.v.St. nr. 54.763, 28 juli 1995, *T. Vreemd*. 1997, 423 (het CGVS had een toelating tot het verblijf geweigerd aan een vreemdeling die met een erkende vluchteling was gehuwd en een kind met haar had, omwille van 'bedrieglijke en kennelijk ongegronde aanvraag'. De Raad van State oordeelde evenwel dat in geval van verwijdering het gezinsleven niet zou kunnen worden voortgezet, aangezien moeilijk van moeder en kind kon worden verwacht dat ze de man zouden volgen naar Nepal, waar de moeder werd vervolgd. De Raad schorste het bevel om het grondgebied te verlaten, op grond van de vaststelling dat de man daarmee een moeilijk te herstellen ernstig nadeel zou worden berokkend. Zie reeds eerder de erkenning door de E.C.R.M. van het sterke criterium van de nationaliteit: E.C.R.M., *East African Asians Cases Report*, nrs. 4403/70-4419/70, 4422/70, 4423/70, 4434/70, 4476/70, 4478/70, 4486/70, 4501/70-4530/70, 14 december 1973, *D.R.* 78-A, 1994, §232; in het kader van een betwiste uitzetting, die evenwel niet strijdig werd bevonden met art. 8, tweede lid E.V.R.M.: E.C.R.M. nr. 7816/77, X. en Y. t. BRD, *D.R.* 9 (1978), 219; E.C.R.M. nr. 9203/80, X. t. Denemarken, *D.R.* 24, 239-240; E.C.R.M. nr. 8041/77, X. t. B.R.D., *D&R.* 12, 197. Contra: E.C.R.M., nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 11 mei 1982, zaak-Abdulaziz, *D&R* 29, 176, §113.

<sup>56</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Mehemi; Hof Mensenrechten, arrest-Dalia § 45 en 53; Hof Mensenrechten, arrest-Bouchelkia.

<sup>57</sup> Het is overigens moeilijk denkbaar dat het Hof de lijn van zijn rechtspraak in de zaak-F. tegen Zwitserland m.b.t. art. 3 E.V.R.M. zal handhaven. Het Hof heeft daarbij geoordeeld dat een weigering van gezinshereniging in het land waar de ouders en de jongere zus om humanitaire redenen tot het verblijf waren toegelaten, t.a.v. een kind dat in Turkije was geboren, maar (tijdelijk) door zijn ouders was achtergelaten in het kader van een asielaanvraag, was gerechtvaardigd, nu achteraf was gebleken dat de asielaanvraag ongegrond was (Hof

kunnen de beoordeling van een inbreuk op art. 8 E.V.R.M. ondersteunen. We menen dat de piste van het gelijkheidsbeginsel steeds meer zal worden bewandeld. De stappen op Europees niveau naar een gelijkberechtiging van langdurige verblijfhouders en EER-onderdanen wijzen in die richting<sup>58</sup>.

**23.** Is de betrokken vreemdeling reeds vóór het ontstaan van het gezinsleven op de hoogte van het precare karakter van zijn verblijfsstatuut, dan wordt een inmenging in het gezinsleven vooralsnog overwegend geoorloofd bevonden. De verklaring hiervoor is dat de Staten de mogelijkheid moet worden geboden om een afwending van de beschermingsbepalingen tegen te gaan<sup>59</sup>. We gaan hier later verder op in, en zullen daarbij stilstaan bij de vraag op welke wijze kan worden besloten tot dergelijke afwending, zonder dat de rechten van verdediging van de vreemdeling worden geschonden<sup>61</sup>.

**\* Een uitgebreider gezinsconcept dan naar intern verblijfsrecht: feitelijk gezinsleven als maatstaf**

**- Een uitgebreider gezinsconcept: samenwonen als voldoende maar niet steeds noodzakelijke voorwaarde**

**24.** We gaven reeds aan dat het Hof voor de Mensenrechten het familieleven *de facto*, a.h.v. het criterium 'required link', en niet *de iure* benadert<sup>62</sup>.

De rechtspraak tot op heden van het Hof laat ons toe om aan te nemen dat het Hof familierechtelijk het hiernavolgende gezinsconcept hanteert. Dit concept

---

Mensenrechten, arrest-F. t./ Zwitserland van 18 december 1987, *Serie A*, nr. 128). De weigering van de asielaanvraag impliceerde volgens het Hof dat er geen bezwaren bestonden voor de ouders om in Turkije te gaan samenleven met hun zoon. Het Hof heeft o.i. met deze uitspraak haar eigen – reeds strenge – *elsewhere approach* geweld aangedaan. Geniet een vreemdeling recht op verblijf om humanitaire redenen, dan menen we daaruit te mogen afleiden dat de overheid het niet redelijk acht de betrokkene terug te sturen zolang ze het recht op verblijf op deze grond niet intrekt. De uitspraak schendt art. 3 E.V.R.M.

Bovendien werd *in casu* evenmin rekening gehouden met het gezinsleven dat de jongen had met zijn zusje, dat in Zwitserland was geboren en er verbleef (Dissenting opinion Martens en Russo, onder Hof Mensenrechten, arrest-F. t./ Zwitserland). Het Hof had redelijkerwijze, met een verwijzing naar de soepele rechtspraak m.b.t. tweedegeneratiemigranten, tot een toelating van gezinshereniging in Zwitserland moeten besluiten.

<sup>58</sup> Cf. *infra*.

<sup>59</sup> E.C.R.M. nr. 9478/81, X. t. B.R.D., *D&R* 27, 243; E.C.R.M. nr. 8041/77, X. t. BRD, 15 december 1977, *D.R.* 12, 197; E.C.R.M. nr. 2535/65, X. t. BRD, 16 juli 1965, *D&R* 17, 30; E.C.R.M. nr. 9088/80, X. T. V.K., 6 maart 1982, *D&R* 28 (1982), 160; Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, § 68.

<sup>61</sup> Cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 436-441.

<sup>62</sup> Arrest-Johnston. Dit familieconcept van het hof was ruimer dan het concept dat door de E.C.R.M. werd gehanteerd (vóór deze instantie werd opgeheven ingevolge het elfde protocol bij het E.V.R.M.). De E.C.R.M. zag in art. 8 slechts een bescherming van zowel naar recht als naar de feiten *bestaand* familieleven, mits bovendien bewezen werd dat de betrokkenen samenleefden in financiële afhankelijkheid. De E.C.R.M. ging bovendien uit van een vermoeden van niet-inmenging dat slechts weerlegd werd door het bewijs dat het familieleven onmogelijk elders kon worden voortgezet, de zgn. *elsewhere approach*: H. STOREY, *l.c.*, 330-331.

geldt ook voor het verblijfsrecht. De vraag of een bepaalde relatie gezinsleven is in de zin van art. 8 E.V.R.M., is m.n. de eerste vraag die wordt beantwoord, ongeacht of een familierechtelijk of een verblijfsrechtelijk probleem wordt benaderd. Deze vraag behandelen we hier.

Pas erna komt de vraag naar de bescherming van dat gezinsleven aan bod. Het antwoord daarop wordt wél verschillend benaderd, naargelang van de concrete context (familierecht of verblijfsrecht) en diens eigenheden (afweging van belangen). Deze vraag behandelen we verderop, in het derde hoofdstuk en doorheen het verdere onderzoek.

De rechtspraak die ons min of meer toelaat om een mensenrechtelijk gezinsconcept af te bakenen, is, zoals gezegd, evolutief. Veralgemeende uitspraken zijn hierdoor uitgesloten. Volgende beschrijving van het gezinsconcept moet dan ook eerder als een richtlijn, dan als een regel worden benaderd.

**25.** Is geen wettelijke grondslag verleend aan de familierelatie, dan lijkt samenwoning voor het Hof een voldoende<sup>63</sup> voorwaarde te vormen om gezinsleven aan te nemen<sup>64</sup>. Hiermee hanteert het Hof met art. 8 E.V.R.M. een soepeler gezinsconcept dan vele Verdragsstaten, die vooralsnog niet in een familie- en/of verblijfsrechtelijk statuut voor samenwoners voorzien. Het Hof heeft zich evenwel tot op vandaag niet uitgelaten over een recht op gezinshereniging voor samenwoners. Het laat dergelijk oordeel over aan de Verdragsstaten, bij gebrek aan een gemeenschappelijk standpunt in dit verband<sup>65</sup>.

**26.** Heeft de relatie wél een wettelijke grondslag gekregen of wordt dat op korte termijn beoogd, dan is niet steeds samenwoning vereist opdat gezinsleven zou worden aangenomen.

Louter voorgenomen familielevens tussen verloofden<sup>66</sup> of tussen personen die - zonder meer - een huwelijk in het vooruitzicht hebben<sup>67</sup>, kan reeds volstaan om tot familielevens te besluiten. Meer nog, het bestaan van een familieband wordt *ipso iure*, m.a.w. zonder toetsing van de feitelijke beleving van die gezinsband, erkend in het kader van de relatie tussen ouder en huwelijks kind, tussen moeder

<sup>63</sup> Het betreft overigens niet steeds een noodzakelijke voorwaarde: Hof Mensenrechten, arrest-Kroon t. Nederland van 27 oktober 1994, *Série A*, vol. 297-C. Hierover: P. SENAËVE, "De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel", in *Liber amicorum Prof. Dr. Roger Blanpain*, Brugge, Die Keure, 1998, 802-808.

<sup>64</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz: "lien noué assez étroit pour entraîner la mise en jeu de l'article 8"; E.C.R.M., zaak-X. en Y. t./ Zwitserland, *D&R*. 9, 57.

<sup>65</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, §62. Meer hierover deel 3B, hoofdstuk 4, randnrs 17 e.v.

<sup>66</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, §62. Zie ook: R.v.St. nr 81.673 van 6 juli 1999, *APM* 1999, 127. *Contra* evenwel: X. PESENTI, "Les couples mixtes et étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme", in H. FULCHIRON (ed.), o.c., 147 en 169.

<sup>67</sup> H. STOREY, *I.c.*, 1990, 334; Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, §32: "this does not mean that all intended family life falls entirely outside its ambit". Het Hof heeft in deze zaak zelfs expliciet gesteld dat in dergelijk geval een vastgestelde schending van art. 8 E.V.R.M. het overbodig maakt om te onderzoeken of ook art. 12 E.V.R.M. is geschonden. *Contra*: X. PESENTI, *I.c.*, 147 en 169.

en buitenhuwelijks kind<sup>68</sup>, tussen vader en buitenhuwelijks, erkend kind<sup>69</sup>, en een vader en zijn verwekte kind<sup>70</sup>.

Voor het verblijfsrecht zal evenwel steeds een onderzoek gebeuren naar de feitelijke beleving van de gezinsband. Ook de bijkomende vereiste dat het kind van de verblijfhouder uit een derde land (niet-EER-Lidstaat) nog steeds te zijner laste is<sup>71</sup>, wordt vermoedelijk door het Hof gerechtvaardigd bevonden, in het licht van de *elsewhere approach*. Kan het familieleven evenwel niet elders worden beleefd of zou het, in het licht van de gegeven omstandigheden (bv. de verzoeker is onderdaan van de Verblijfsstaat) onredelijk zijn om dat van de betrokkenen te vergen, dan menen we dat in het licht van art. 8 E.V.R.M. mogelijk tot een recht op verblijfsmachtiging kan worden besloten.

**27.** T.a.v. bepaalde anderen vereist het Hof voor de aanneming van te beschermen familieleden, ook in het licht van het familierecht, wél systematisch samenwoning, behoudens in situaties waarbij dat niet mogelijk was om redenen buiten de wil<sup>72</sup>, of het bewijs van een reële, diepgaande band. Het betreft o.m. echtgenoten, broers en zussen<sup>73</sup>, grootouders en kleinkinderen<sup>74</sup> en neven, nichten, ooms en tantes<sup>75</sup>. Het Belgische verblijfsrecht bepaalt geen recht op gezinshereniging voor deze familieleden. Via een beroep op art. 8 E.V.R.M. kan evenwel, met toepassing van art. 9 Vreemdelingenwet, in uitzonderlijke gevallen tot een machtiging tot het verblijf worden overgegaan. Dat verblijf zou m.a.w. worden toegestaan ter bescherming van het feitelijke gezinsleven.

**28.** Een louter juridische beëindiging van de familierelatie hoeft niet te beletten dat in het licht van art. 8 E.V.R.M. wordt geoordeeld dat de familieband is blijven voortbestaan. Het Hof van Justitie heeft dit bevestigd in de zaak-Eyüp<sup>76</sup>. De

<sup>68</sup> Bv. Resolutie (70)15 van 15 mei 1970 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa betreffende de scoiale bescherming van ongehuwde moeders en hun kinderen.

<sup>69</sup> J. DE RUITER, "Drie treden in het familierecht", *Themis* (Ndl.) 1990, 203. Ook als het familieleven louter voorgenomen is: Hof Mensenrechten, arrest-Marckx, §45 en 48; Hof mensenrechten, arrest-Airey, §33; Hof Mensenrechten, arrest-Johnston, §75; E.C.R.M. nr. 9749/82, W. t. V.K., 8 juli 1987, 10 *E.H.R.R.* 29, § 65.

<sup>70</sup> H. STOREY, *l.c.*, 335; E.C.R.M., zaak-Paton vs. V.K., nr. 8412/78, 3 *EHRR* 408, 416-417.

<sup>71</sup> Vergelijk met de ontstentenis van dergelijke vereiste in het licht van het familierecht: n.a.v. de zaak Ciliz is gebleken dat familieleden kan worden aangenomen tussen de niet-verzorgende ouder en het minderjarige kind: E.C.R.M., zaak Ciliz, 20 mei 1998, nr. 29192/95, *Nemesis rechtspraak* 1999, nr. 4, 18; zie ook: E.C.R.M., zaak Dilek, nr. 35137/97, 1 juli 1998. Wél wordt nagegaan of *in concreto* nog sprake is van feitelijk gezinsleven.

<sup>72</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz: legt de overheid zelf een scheiding op, dan kan ze die scheiding niet als teken van vrijwillige gezinsbreuk beschouwen; Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab.

<sup>73</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Moustaquim; E.C.R.M. nr. 5532/72, *D&R.* 43, 119; E.C.R.M. 8986/80.

<sup>74</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Marckx, §31; E.C.R.M. nr. 8244/78, *D&R.* 17, 149; E.C.R.M. nr. 8924/80, *D&R.* 24, 183; J. ROBERT EN J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Parijs, Montchrestien, 1996, 414.

<sup>75</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Boyle van 28 februari 1994, *Publ. Cour eur. D.H.*, serie A, nr. 282-B (*in casu* minnelijke schikking); E.C.R.M. nr. 9492/81, *D&R.* 30, 235; E.C.R.M. nr. 10375/83, *D&R.* 40, 196.

<sup>76</sup> H.v.J. nr. C-65/98, 22 juni 2000, <http://europa.eu.int/cj>.

feitelijke voortzetting van de samenleving tussen twee voormalige echtgenoten liet toe om voortgezet familieleven aan te nemen.

### - Evenwel: uitsluiting van homoseksuele partners

**29.** De vraag naar het recht van homoseksuelen om hun partner in het kader van gezinshereniging te laten overkomen, blijft daarentegen in de rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten vooralsnog onbeantwoord<sup>77</sup>. Tussen homoseksuelen wordt nog steeds – ondanks recente evoluties in meerdere Verdragsstaten, waaronder België<sup>78</sup> – geen familieleven erkend<sup>79</sup>. Bijgevolg

<sup>77</sup> Een verschil in behandeling is objectief en redelijk gerechtvaardigd: E.C.R.M. nr. 14753/89, C. en L. Moss t. V.K., 9 oktober 1989. Het hof van Justitie bv. is de problematiek vooralsnog uit de weg gegaan door te stellen dat discriminatie op grond van seksuele voorkeur niet gelijk kan worden gesteld met discriminatie op grond van geslacht: H.v.J. 17 februari 1998, Grant t. South West Trains Ltd, C-249/96, *Jur. H.v.J.* I, 621; zie ook Rb. Eerste aanleg 28 januari 1999, D. t. Raad EU, T-264/97, <http://curia.eu.int/jurispr/> (er is evenwel nog een beroep tegen het vonnis hangende). *Contra*: Mensenrechtencomité V.N., Toonen t. Italië, 31 maart 1994, CCPR/C/50/D/488/1992, *UN Doc A/49/40 Annex IX*, Section EE, 226-237, §8.7. Uit de uitspraak Grant (H.v.J. 17 februari 1997, arrest-Grant, C-249/96, *SEW* (Ndl.) 1999, 67), leiden meerdere auteurs af dat de verworvenheden van het arrest-Reed ("en l'absence de toute indication d'une évolution sociale d'ordre générale qui justifierait une interprétation extensive...", arrest-Reed §15), in dat verband moeten worden gerelativeerd. Bovendien blijkt uit Rb. eerste aanleg EG, arrest- Arauxo-Dumay, §30, dat de Europese rechter zich ervoor behoedt interpretaties te maken die een wetgevende ingreep noodzaken.

<sup>78</sup> Omz. 30 september 1997 betreffende het verlenen van een verblijfsmachtiging op basis van samenwonen in het kader van een duurzame relatie, B.S. 14 november 1997, en recenter: de invoering van het homohuwelijk. In Denemarken, IJsland, Zweden, Nederland en Noorwegen geniet de buitenlandse buitenhuwelijkse partner van een onderdaan een gelijkaardig verblijfsrecht als een huwelijkspartner. Gezien het EU-recht (vrij verkeer van personen) moeten deze voordelen voor eigen onderdanen, eveneens gelden voor andere EU-onderdanen. Ze kunnen jurisprudentieel worden afgedwongen (*cf. infra*), voor zover niet reeds internrechtelijk in een gelijke behandeling voor vreemdelingen is voorzien, zoals het geval is in Nederland en in Zweden (in Zweden hebben niet-Zweedse homoseksuelen die sinds twee jaar in Zweden hebben geleefd, sinds 1 maart 2000 toegang tot de nationale partnerschapsregeling). Ook andere Lidstaten voorzien in een voorwaardelijke regeling van de materie: Finland mits een jaar samenleving, VK mits twee jaar samenleving, België mits 3 jaar en zes maand samenleving en andere voorwaarden, Duitsland n.a.v. hogere rechtspraak van 1996. Meerdere van deze landen voorzien bovendien in een verblijfsregeling bij louter feitelijk partnerschap (zie *Explanatory memorandum bij Draft Recommendation on the situation of gays and lesbians and their partners in respect to asylum and immigration in the member states of the Council of Europe*, Council of Europe, Committee on Migration, Refugees and Demography, 25 februari 2000, doc. 8654, § 43-46). Meerdere auteurs veroordelen het verschil in behandeling door het Hof voor de Mensenrechten daarom als discriminatoir: o.m. A.WEYENBERGH, "Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial", *Rev. dr. étr.* 2000, nr. 107, 8 en 10; O. DE SCHUTTER, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 535; discriminatie inzake de keuze van levensstijl; K. WAALDIJK en A. CLAPHAM, *Homosexuality: a European community issue. Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*, Dordrecht/Boston/Londen, Martinus Nijhoff, 1993, 190. Zie over de recente ontwikkelingen ter zake: F. MATSCHER, "Methods of interpretation of the Convention", in MACDONALD e.a. (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/Londen, Nijhoff, 1993, 63 e.v.

<sup>79</sup> Over de nuance tussen privé- en gezinsleven: B. DE LAMY, "Une frontière du droit au respect de la vie familiale: l'éloignement des délinquants étrangers du territoire français", *J.C.P. juni* 1998, 4. Zie evenwel inachtnaam van het privéleven: E.C.R.M., zaak X. en Y. t./ V.K. van 3 mei 1983, D&R. 32, 220.

kunnen homoseksuele partners vooralsnog geen beroep doen op art. 8 E.V.R.M. om aanspraak te maken op gezinshereniging.

30. De huidige loutere bescherming van het privéleven van homoseksuelen<sup>80</sup> heeft in de materie van het verblijfsrecht zelfs nog geen verwijderingsmaatregel kunnen tegenhouden<sup>81</sup>. De toelating tot het verblijf verloopt beduidend strikter dan de bescherming van bestaand verblijf<sup>82</sup>. De kans dat een vreemdeling op grond van zijn privéleven tot het verblijf wordt toegelaten is bijgevolg uiterst gering.

## **A.2. ART. 8 E.V.R.M. ALS BRON VAN POSITIEVE VERPLICHTINGEN: DE RESPONSABILISERING VAN DE LIDSTATEN VOOR DE REDELIJKHEID VAN HUN EIGEN GEZINSHERENIGINGSBELEID**

### **A.2.A. INLEIDING**

31. De Lidstaten bij het E.V.R.M. hebben ingevolge art. 8 niet alleen de negatieve verplichting om het gezinsleven niet zonder redelijke en objectieve rechtvaardiging te verstoren of onmogelijk te maken. Bovendien hebben ze de positieve verplichting om de nodige maatregelen te nemen opdat een zinvolle beleving van het familieleven mogelijk zou zijn<sup>83</sup>. Met de erkenning van positieve verplichtingen in de materie worden de Verdragsstaten erop gewezen dat het

<sup>80</sup> O.m. recent nog: Hof Mensenrechten, Arrest-Perkins en R. t. V.K. van 22 oktober 2002, nr. 43208/98 en 44875/98 (ontslag homoseksueel uit de marine); Hof Mensenrechten, arrest-Beck, Copp en Bazeley t. V.K. van 22 oktober 2002, nr. 48535/99, 48536/99 en 48537/99 (ontslag homoseksueel uit leger).

M.b.t. deze bescherming heeft het Hof duidelijk gesteld: "Le sphère privée couvre l'intégrité physique et morale d'une personne; la garantie de l'article 8 est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables": Hof Mensenrechten, arrest-Botta van 24 februari 1998, *Recueil* 1998, 412. Wél is denkbaar dat een verwijdering ongerechtvaardigd wordt bevonden in het licht van art. 3 E.V.R.M., bv. bij gegronde vrees tot vervolging in het land van herkomst wegens de homoseksuele aard.

<sup>81</sup> De Commissie had reeds eerder gesteld dat "la vie privée d'une personne s'arrête là où l'individu entre en contact avec la vie publique ou touche à d'autres intérêts protégés": E.C.R.M., zaak-Brüggemann en Scheuten, 12 juli 1977, D&R. 10, 100. Zie o.m. kritiek ter zake van H. FULCHIRON, "Avant-propos", in H. FULCHIRON (ed.), *Les étrangers et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Parijs, L.G.D.J., 1999, 12. Anderzijds: H. LABAYLE, "L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale", in H. FULCHIRON, o.c., 91, stelt zich de vraag of überhaupt nog iemand kan worden uitgezet als aan het privéleven werkelijk een beslissende waarde wordt toegekend in de materie.

<sup>82</sup> Cf. *supra*, randnr. 14.

<sup>83</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Gül van 19 februari 1996, *T. Vreemd* 1996, 122; D.J. HARRIS, M. O'BOYLE en C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londen, Butterworths, 1995, 302; M.J.C. KOENS, "Het verblijfsrecht van buitenlandse gezins- en familieleden en artikel 8 E.V.R.M., rechtspraakoverzicht 1990-1992", *N.J.B. (Ndl.)* 1993, 1178-1179; P. LEMMENS, "Immigratiebeleid, gezinsleven en discriminatieverbod", *R.W.* 1985-86, 1652; O. DE SCHUTTER, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 543; F. SUDRE, "Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Rev. Trim. D.H.* 1995, 363.

recht op gezinshereniging dat ze instellen geen louter formeel, maar een materieel recht is. Aangezien het gelijkheidsbeginsel is geschonden als vergelijkbare categorieën niet naar resultaat gelijk worden behandeld, begaat een Staat een inbreuk op het recht op eerbiediging van het familieleven, zodra hij weliswaar niet actief een inbreuk erop begaat, maar anderzijds te weinig inspanningen levert opdat het recht daadwerkelijk zou kunnen worden beleefd.

**\* Gelijke behandeling inzake expliciet genoemde voorwaarden**

**32.** Zo werd de voorwaarde van een behoorlijke huisvesting reeds disproportioneel bevonden toen na onderzoek was gebleken dat de overheid kennelijk onvoldoende inspanningen had geleverd om de woningmarkt open te stellen voor vreemdelingen<sup>84</sup>. Zo ook is de Belgische Staat reeds veroordeeld omdat hij geen gevolg had gegeven aan het verzoek dat tot de Belgische ambassade in Kinshasa was gericht, om in het kader van gezinshereniging een geboorteakte te legaliseren<sup>85</sup>.

Het volstaat niet om de redelijkheid van de beperkingen die de Staat oplegt slechts *in abstracto* na te gaan. Geval per geval moet worden geoordeeld of de abstracte voorwaarden het de vreemdeling *in concreto* niet onmogelijk maken om gezinshereniging uit te oefenen.

**33.** De positieve plicht waarvan sprake, is m.a.w. slechts een modaliteit van de redelijkheidsvereiste die art. 8 §2 E.V.R.M. stelt. Een Lidstaat mag een wettige inbreuk maken op het recht op bescherming van het gezinsleven, mits die inbreuk redelijk is en het grondrecht niet in zijn substantie aantast. Het kan in die optiek verwonderen dat het Hof voor de Mensenrechten het voorsnog niet aangewezen achtte om een weigering van verblijf te toetsen aan de hand van de criteria van art. 8 §2 E.V.R.M. Het Hof beperkt zijn controle tot op vandaag tot een *fair balance*-test. Deze aanpak laat een grotere appreciatieruimte aan de Verdragsstaten<sup>86</sup>, o.i. ten onrechte.

<sup>84</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Dalia van 19 februari 1998, *N.J.C.M.* 1998, 617, noot M. VAN DER POEL.

<sup>85</sup> Kort ged. Luik 24 september 1997, *T. Vreemd.* 1998, 63.

<sup>86</sup> Dit komt het best tot uiting in het arrest-Hokkanen t. Finland van 23 september 1994, waar het ene middel, een positieve verplichting, niet werd getoetst aan §2, i.t.t. het tweede middel, dat betrekking heeft op een negatieve verplichting; F. SUDRE, "Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. D.H.* 1995, 380-382; O. DE SCHUTTER, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 546, stelt dat eenzelfde aanpak bevorderlijk zou zijn voor een harmonisatie van de wetgeving van de Lidstaten rond een gemeenschappelijke standaard. Zie evenwel Hof Mensenrechten, 9 december 1994, Lopez Ostra, Serie A 303-C, 55 ("the aims mentioned in the second paragraph may be of a certain relevance"), evenals de geleidelijke vervaging van de afgrenzing van beide verplichtingen: Hof Mensenrechten 21 februari 1990, arrest-Powell en Rayner, Serie A 172, 18; Hof Mensenrechten, arrest-Kroon; Hof Mensenrechten, arrest-Ahmut, § 63.



**\* Gelijke behandeling inzake impliciete voorwaarden**

34. Uit art. 8 E.V.R.M. kan niet alleen een positieve verplichting van de Lidstaten worden afgeleid om, zoals in de bovengenoemde voorbeelden, de vreemdeling minstens in de mogelijkheid te stellen om aan de wettelijk *expliciet* bepaalde voorwaarden tot gezinshereniging te voldoen. Ook zal bij de beoordeling van het gerechtvaardigde karakter van een beslissing, nagegaan worden of de *impliciete* beslissingsgronden, zoals bij een beslissing tot uitzetting de mate van integratie van de vreemdeling, in een redelijke verhouding staan tot de inspanningen van de Staat zelf om de vreemdeling in de mogelijkheid te stellen om die voorwaarden te vervullen, bv. *in casu* om hun integratie te bevorderen. Steeds meer gaan dan ook stemmen op om de gestrengheid van het integratie-oordeel te koppelen aan de uitbouw van een inburgeringsbeleid. Haalt een Lidstaat ter rechtvaardiging van een uitzetting aan dat de betrokkene nog steeds enkel zijn oorspronkelijke taal spreekt, op geen enkele wijze aan het Belgische maatschappelijke leven deelneemt, maar zich integendeel slechts ophoudt met andere allochtonen, maar blijkt dat van overheidswege onvoldoende pogingen worden ondernomen om bv. via integratiecentra taallessen te organiseren, werkt de toestand van de woningmarkt ghettovorming in de hand e.d., dan moet o.i. redelijkerwijze worden erkend dat een zwakke integratie geen overtuigende rechtvaardigingsgrond kan zijn voor een uitzettingsbeslissing.

Op dezelfde wijze moet o.i. de *connections-approach* in het kader van een verzoek tot gezinshereniging worden benaderd met voldoende aandacht voor de concrete context en voor alle factoren die deze beïnvloeden.

35. De vervulling van de genoemde positieve verplichting kan dan weer op termijn de beoordeling van de negatieve verplichting van de Lidstaten verstrengen<sup>87</sup>. Hanteren de Lidstaten de mate van integratie als medebepalende factor, dan moeten ze hun integratiebeleid verder uitbouwen en effectief maken. Op die manier krijgt de vreemdeling de kans om op termijn de, al dan niet expliciete, criteria te vervullen die de betreffende Staat hanteert om te besluiten tot een nauwe band, *connection*, met zijn samenleving. Die band kan zijn aanspraak op de eerbiediging van zijn privé- en familielevens in België verstevigen, zowel inzake gezinshereniging<sup>88</sup> als inzake bescherming tegen

<sup>87</sup> "Fondée sur le souci d'assurer l'effectivité de l'exercice des droits garantis, la théorie des obligations positives permet aux juges d'effectuer une lecture modernisée de la Convention, donnant à celle-ci une certaine 'dimension sociale': J. VELU en R. ERGEC, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 28. "(...) qui (bedoeld is de 'dimension sociale') mériterait d'être approfondie. La notion prétorienne d'obligation positive participe ainsi pleinement à la construction d'un ordre juridique commun": F. SUDRE, *I.c.*, 384.

<sup>88</sup> De genoemde *connections-approach* wordt vandaag reeds toegepast op tweede- en derdegeneratie-vreemdelingen. Hierover: D. VANHEULE, "Raakpunten van het vreemdelingen- en het burgerlijk recht", in A. ALEN, M. BOES en F. DERUYCK (ed.), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 410; H. STOREY, *I.c.*, 330; zie ook E.C.R.M., *Uppal vs. V.K.*, nr. 8244/78, *D&R* 17, 149 en *D&R* 21, 219; E.C.R.M. nr. 8245/78 vs. *V.K.*, *D&R* 24, 98, 100. De voorwaarde van een bewijs van effectieve en nauwe familiebanden blijft evenwel gehandhaafd.

uitzetting<sup>89</sup>.

#### **A.2.B. ART. 8 E.V.R.M., GEZINSHERENIGING EN DE TOETSING VAN EEN VERSCHIL IN BEHANDELING OP GROND VAN NATIONALITEIT**

**36.** In het licht van de voorgaande bevindingen kunnen we stellen dat het verschil in behandeling op grond van nationaliteit in het verblijfs- en gezinsherenigingsrecht<sup>91</sup> weliswaar tot op vandaag als voornaamste beslissingsgrond wordt gehanteerd, maar steeds meer vervaagt o.i.v. de werking van economische<sup>92</sup> en familiale motieven en van de factoren 'integratie' en 'stabiel verblijf'. Ook in de – aanvankelijk soevereine, maar steeds meer ge-europeaniseerde – materie van het verblijfsrecht is reeds bevestigd dat nationaliteit slechts een 'juridisch gegeven' is dat niet volstaat om te besluiten dat de vreemdeling die het voorwerp is van een uitzettingsbeslissing nog banden met zijn land van oorsprong zou hebben<sup>93</sup>. Het Hof voor de Mensenrechten laat de feitelijke realiteit primeren<sup>94</sup>.

**37.** Het nationaliteitscriterium oefent wel *onrechtstreeks* nog een grote invloed uit. Doet de betrokken vreemdeling bv. geen enkele moeite om de nationaliteit van

<sup>89</sup> Uit Europese rechtspraak blijkt dat de soevereiniteit van de Staten minder ruim is bij beslissingen inzake uitzetting, dan inzake gezinshereniging: o.m. Hof Mensenrechten, arrest-Mehemi, §36-37; Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab (economische overwegingen worden minder gemakkelijk aangenomen); Hof Mensenrechten, arrest-Nasri (ook tegen zware veroordelingen kan de gezondheidstoestand opwegen); zie ook andere uitspraken in het licht van art. 3 E.V.R.M.: arrest-Soering (dreiging van doodstraf); arrest-Ahmed (Somalische vluchteling die zijn status verloren was na een zware veroordeling, maar in zijn land van herkomst vervolgd blijft).

<sup>91</sup> Enerzijds tussen Belgen en vreemdelingen, anderzijds tussen vreemdelingen onderling, o.m. tussen EU-vreemdelingen en derdelanders, tussen familieleden van vreemde werknemers, naargelang die EU-vreemdeling of derdelander zijn, tussen familieleden van een EU-vreemdeling die hier studeert en een EU-vreemdeling die hier werkt,...: er is geen tweevoudig onderscheid tussen (familieleden van) EU-vreemdelingen- en derdelanders, maar een kluwen van verschillen in behandeling.

<sup>92</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz (voor het eerst principieel bevestigd; *in casu* evenwel afgewezen); Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab: bescherming van de arbeidsmarkt om reden van het hoge werkloosheidscijfer, resp. de grote bevolkingsdichtheid. E.C.R.M. nr. 11125/84 van 16 mei 1985, Dun t. V.K., D&R. 43, 204. Ook de weigering om ascendenten en meerderjarige kinderen tot gezinshereniging toe te laten, kan gerechtvaardigd zijn vanuit een noodzaak voor het economisch welzijn van het land: R.v.St. nr. 46.191, 2 februari 1994, R.A.C.E. 1994; R.v.St. nr. 42.743, 3 mei 1993, Rev. dr. étr. 1993, 617; H. STOREY, "The right to family life and immigration case law at Strasbourg", ICLQ 1990, 333.

<sup>93</sup> E.C.R.M., zaak-Djeroud van 15 maart 1990, §68; Hof Mensenrechten, arrest-Dalia t. Frankrijk, § 53. Of relativering op een andere wijze: Diss. op. Rechter Martens onder Hof Mensenrechten, arrest-Beldjoudi van 26 maart 1992, "le lien de nationalité du requérant - s'il correspond à une donnée juridique - ne correspond toutefois à aucune réalité humaine concrète".

<sup>94</sup> S. GRATALOUP, "L'étranger né ou résidant depuis sa naissance en France", in: H. FULCHIRON, o.c., 125.

het uitzettende land te verkrijgen, dan kan dat op negatieve wijze de *connections approach* beïnvloeden<sup>95</sup>. Hebben enkele familieleden van de betrokkene de nationaliteit van het uitzettende land verworven, dan kan dat omgekeerd de vreemdeling die met uitzetting wordt bedreigd, nog ten goede komen<sup>96</sup>.

Langdurig verblijf in hoofde van de betrokkene of zijn gezinsleden kan o.i. een minstens even overtuigend criterium vormen, in het licht van de steeds meer gehanteerde *connections approach*.

**38.** Met de nationaliteit blijft ook één van zijn verwervingsgronden, de afstamming, een centrale rol vervullen in het verblijfsrecht. De I.P.R.-afstammingsregels oefenen een sterke invloed uit op de nationaliteit en zo vervolgens ook op het verblijfsrecht. Nationaliteit wordt in vele rechtsordes o.m. verkregen op grond van afstamming, in toepassing van de *ius sanguinis*-regel. Naargelang van het recht dat wordt aangeduid door de verwijzingsregel, kan de ouderlijke afstamming van een persoon al dan niet worden bepaald. Het Marokkaanse recht laat bv. niet toe dat de vaderlijke afstamming van een buitenhuwelijks Marokkaans kind wordt vastgesteld. Hieruit blijkt dat de keuze voor een bepaalde verwijzingsregel, evenals de toepassing van correctiemechanismen, zoals *in casu* de exceptie van openbare orde, verstrekkende gevolgen heeft, ook buiten het I.P.R. Het I.P.R. bepaalt op rechtstreekse wijze of al dan niet een afstammingsband t.a.v. een bepaald persoon bestaat en of de verblijfstoestand van die persoon de betrokkene vervolgens een afgeleid recht op verblijf verleent, en bepaalt tevens op onrechtstreekse wijze welke nationaliteit een bepaalde persoon kan verwerven, en vervolgens onder welke voorwaarden de gezinshereniging kan plaatsvinden. Beslissingen binnen het familierecht hebben rechtstreekse gevolgen voor het verblijfsrecht. We hebben het reeds beklemtoond en geïllustreerd en zullen dat in de loop van het verdere onderzoek blijven doen.

**39.** Het voorgaande illustreert tevens de pertinentie van de vraag naar de rol die nationaliteit nog te vervullen heeft<sup>97</sup> als *doorslaggevend* criterium van

<sup>95</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Beldjoudi van 26 maart 1992, §44 en 71 (*in casu* hadden de ouders van Beldjoudi ten tijde van het verval van de Franse nationaliteit voor Algerijnen nagelaten een nationaliteitsverklaring af te leggen, maar had Beldjoudi zelf wel een jaar vóór zijn uitzetting tevergeefs gepoogd de Franse nationaliteit te herkrigen); arrest-Bouchelkia van 29 januari 1997, §47; arrest-El Boujaïdi t. Frankrijk, 26 september 1997, §31.

<sup>96</sup> Arrest-Nasri t. Frankrijk §46; arrest-Mehemi §36; arrest-Bouchelkia §39-40 (*in casu* evenwel werd de uitzettingsbeslissing niet veroordeeld). Eveneens kan het feit dat geen van de familieleden de nationaliteit van het uitzettende land heeft aangenomen, negatieve invloed uitoefenen: arrest-El Boujaïdi t. Frankrijk, 26 september 1997, §31.

<sup>97</sup> Zie ook het expliciete verbod van discriminatie op grond van nationaliteit door meerdere verdragen in de materie: art. 1 en 7 V.N.-Verdrag van 18 december 1990 ter bescherming van de rechten van alle migrantenwerknemers en hun familieleden (dat nog door geen van de verdragsstaten is geratificeerd); art. 39 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, zoals laatst gewijzigd door het Verdrag van Amsterdam, PB. C. 340, 10 november 1997, 173; impliciet: art. 6 Verdrag betreffende de Europese Unie, zoals laatst gewijzigd door het Verdrag van Amsterdam, PB. C. 340, 10 november 1997, 145; regl. 1612/68; richtlijn 68/360/EEG van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen

onderscheid in het immigratiebeleid en van de vraag of het niet realistischer is om de groeiende rol van integratie (*connections*) een centralere plaats te geven in het verblijfsrecht. De vaststelling dat de factor 'nationaliteit' ook als louter feitelijk gegeven<sup>98</sup> vooralsnog zelden heeft gefigureerd in de opsomming van factoren die volgens de voormalige E.C.R.M. de band van de betrokkene met het land van uitzetting beïnvloeden<sup>99</sup>, i.t.t. de geboorte, het verblijf of het hebben van voorouders in het betreffende land<sup>100</sup>, geeft aan dat deze vraagstelling niet uit de lucht gegrepen is.

#### **A.2.c. VOORDELEN VAN EEN TERUGKOPPELING NAAR ART. 8 E.V.R.M. INZAKE GEZINSHERENIGING**

40. Door het ruime werkveld van het E.V.R.M. overstijgen de rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten en de uitspraken van de voormalige E.C.R.M. het beperkte bevoegdheidsdomein waaraan de nationale rechter is gebonden. Het Hof voor de Mensenrechten spreekt zich zowel uit over verblijfsrechtelijke als over familierechtelijke materies. In een zaak waar beide bij elkaar aanleunen kan dan ook genuanceerder tewerk worden gegaan, dan indien beide werkvelden door de nationale rechter, de administratieve rechter resp. de familierechter, kunstmatig van elkaar worden gescheiden.

De mogelijkheid om aan een rechtstakoverschrijdende benadering te doen, verleent supranationale instanties een unieke positie.

Deze instellingen hebben evenwel te kampen met de handicap dat harmonisatie door meerdere factoren wordt afgeremd. De verschillende samenstelling van de kamers van de voormalige E.C.R.M. schemerde bv. onvermijdelijk door in uitspraken die soms onderling onverzoenbaar waren wegens de historisch en cultureel verschillende achtergrond van de rechters. Hierdoor bleek het vaak onmogelijk voor de E.C.R.M. om met rechtszekere, eenduidige beginselen naar buiten te treden. Ook de invloed van NGO's op de uitspraken mag niet worden geminimaliseerd<sup>101</sup>. Daarnaast blijkt uit de uitspraken van zowel de voormalige Commissie als van het Hof een systematische terughoudendheid omwille van de ruime nationale soevereiniteit in de materie<sup>102</sup>.

---

van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der Lidstaten en van hun familie binnen de Gemeenschap, *P.B. L.* 257, 13.

<sup>98</sup> Cf. *supra*: verwijzingen naar de relativering van het criterium door de E.C.R.M.

<sup>99</sup> H. STOREY, "The right to family life and immigration case law at Strasbourg", *I.C.L.Q.* 1990, 331, met verwijzing naar E.C.R.M. nr. 10556/83 en 10598/83, 5 juli 1984, zaak-Abdulaziz, § 113. Wel aanvaard in East Farician cases rapport § 232, 1981, 3 *EHRR* 84; E.C.R.M. nr. 7816/77, *D&R* 9, 219; E.C.R.M. nr. 9203/80, *D&R* 24, 239-240.

<sup>100</sup> Zie o.m. E.C.R.M., nr. 5445/72 en 5446/72 vs. U.K., *CD* 42, 146; E.C.R.M., nr. 6357/73, *D&R* 1, 77.

<sup>101</sup> L.-E. PETTITI, "La protection des étrangers par la Convention européenne des droits de l'Homme", in H. FULCHIRON (ed.), o.c., 28.

<sup>102</sup> Zoals bevestigd in o.m. Hof Mensenrechten, arresten-Amuur §41, Ahmed t. Oostenrijk, 17 december 1996, *Recueil* 1996-VI, <http://www.dhcour.coe.fr>, §38, Chahal §73, Bouchelkia §48, Gül §38, Nasri §41, Boughanemi §41, C. t. België §31, Nsona t. Nederland, 28 november 1996, *Recueil* 1996-V§92; HLR t. Frankrijk van 29 april 1997, *Recueil* 1997-III, <http://www.dhcour.coe.fr>, §33.

Het samenspel van deze factoren verhindert dat de werking van het E.V.R.M. op het terrein van het verblijfsrecht duidelijk wordt afgelijnd. Interessante vragen in dat verband blijven onbeantwoord, zo bv. de vraag in hoeverre punten waarover bij de vijftien E.U.-Lidstaten een gemeenschappelijke houding bestaat, moeten worden afgedwongen van alle vierenvertig Verdragsstaten bij het E.V.R.M.<sup>104</sup> Vanaf welk ogenblik kan tot een 'gemeenschappelijk standpunt' worden besloten? Mag de identiteit van de vertolkers van een gedeeld standpunt daarbij een rol spelen, of kan enkel een kwantitatieve maatstaf de beoordeling sturen?

## **B. ART. 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 16 EN 18 I.V.R.K. EN HET RECHT OP GEZINSHERENIGING**

### **B.1. RELEVANTE BEPALINGEN**

41. Een volgende onderzoeksvraag is of ook het I.V.R.K. een grondslag kan vormen om gezinsleven te beschermen in het verblijfsrecht. Relevant ter zake zijn mogelijk art. 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 16 en 18 I.V.R.K. Art. 2 verbiedt in samenhang met de andere Verdragsbepalingen o.m. discriminatie op grond van nationaliteit of welstand van het kind, zijn ouder of wettelijke voogd. Ook art. 3 I.V.R.K. zal voornamelijk in samenhang met de andere bepalingen worden ingeroepen. Het waarborgt dat het belang van het kind bij elke maatregel dat het kind betreft de eerste overweging vormt. Uit art. 5<sup>106</sup> en 7<sup>107</sup> I.V.R.K., maar ook uit art. 8<sup>108</sup> en art. 9<sup>109</sup> I.V.R.K. kan worden afgeleid dat het recht van het kind op contact met zijn ouders niet kan worden ondergeschikt aan de verblijfsrechtelijke positie van die ouder. We verwijzen in dat verband ook naar art. 18 I.V.R.K., dat

<sup>104</sup> L.-E. PETTITI, *l.c.*, 30.

<sup>106</sup> "De staten die partij zijn, eerbiedigen de verantwoordelijkheden, rechten en plichten van de ouders of, indien van toepassing, van de leden van de familie in ruimere zin of de gemeenschap al naargelang het plaatselijk gebruik, van wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind, voor het voorzien in passende leiding en begeleiding bij de uitoefening door het kind van de in dit Verdrag erkende rechten, op een wijze die verenigbaar is met de zich ontwikkelende vermogens van het kind".

<sup>107</sup> "Het kind (...) heeft vanaf de geboorte (...), voor zover mogelijk, het recht zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd".

<sup>108</sup> "De staten die partij zijn verbinden zich tot eerbiediging van het recht van het kind zijn of haar identiteit te behouden, met inbegrip van (...) familiebetrekkingen zoals wettelijk erkend, zonder onrechtmatige inmenging".

<sup>109</sup> "De staten die partij zijn, waarborgen dat het kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij... noodzakelijk is in het belang van het kind (...). De Staten die partij zijn, eerbiedigen het recht van het kind dat van een ouder of beide ouders is gescheiden, op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind". Art. 10.2 vult dit recht aan.

stelt dat de Verdragsstaten alles doen wat in hun vermogen ligt om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Art. 10.1 I.V.R.K. verstrekt weliswaar geen recht op gezinshereniging van een kind met zijn ouders, maar verwoordt het engagement van de Staten om elke aanvraag daartoe met welwillendheid te behandelen. Het privé- en gezinsleven van het kind wordt beschermd door art. 16 I.V.R.K. Art. 5 I.V.R.K. lijkt ruimte te scheppen voor een verplichte eerbiediging door de Staat van buitenlandse gezins- en familieconcepten, ook als die zich onderscheiden van het westerse gezinsmodel.

## B.2. DE WERKINGSSFEER VAN HET I.V.R.K.

### B.2.A. HET BEGRIP 'KIND'

#### **\* *Geen uitbreiding tot personen ouder dan achttien jaar***

42. Vooreerst rijst de vraag naar het personele toepassingsgebied van het I.V.R.K. Art. 1 I.V.R.K. verwijst naar "ieder mens, jonger dan 18 jaar, tenzij volgens het op het kind toepasselijk zijnde recht, de meerderjarigheid eerder wordt bereikt".

43. Het Belgische Commissariaat-Generaal voor Vluchtelingen en Staatlozen (CGVS) meent het toepassingsgebied te kunnen uitbreiden en verwijst daartoe naar de I.P.R.-bepaling van art. 3, derde lid B.W. Deze is volgens het CGVS een bepaling in de zin van art. 41 I.V.R.K., m.a.w. een bepaling die primeert op de restrictievere I.V.R.K.-bepaling omdat ze 'meer (bijdraagt) tot de verwezenlijking van de rechten van het kind'. De werking van het I.V.R.K. wordt in deze visie binnen de Belgische rechtssfeer uitgebreid tot alle kinderen die minderjarig zijn in toepassing van hun nationale wet, ook als de meerderjarigheid op latere leeftijd dan 18 intreedt<sup>110</sup>.

44. De Raad van State heeft deze opvatting evenwel tegengesproken<sup>111</sup>. We menen de Raad hierin te moeten volgen: i.t.t. de mogelijkheid om jongeren beneden de achttien jaar uit te sluiten van het toepassingsgebied, is niet voorzien in een mogelijkheid om de personele toepassingsfeer van het Verdrag te verruimen.

#### **\* *Een beperking mogelijk tot een leeftijd die lager is bepaald dan de meerderjarigheidsleeftijd van de betreffende Staat?***

45. Art. 1 I.V.R.K. laat evenwel ook m.b.t. zijn expliciete vermeldingen

<sup>110</sup> M.C. FOLETS en S. BOUCKAERT, "De positie van de minderjarige vreemdeling in het Belgische recht: enkele knelpunten", *Kinderrechtengids*, deel 1 – 1.11 FOLETS-BOUCKAERT (1999), 11, verwijzen naar een onuitgegeven stageverslag van I. LAMMERANT, *Les mineurs et le commissariat-général aux réfugiés et aux apatrides. Analyse d'une problématique et propositions d'action*, mémoire de stage 11 mei 1995, 16.

<sup>111</sup> R.v.St. nr. 65.754, 1 april 1997, *onuitg.*

onduidelijkheid bestaan. De vermelding dat een vroegere uitsluiting van het begrip 'kind' mogelijk is als "volgens het op het kind van toepassing zijnde recht de meerderjarigheid eerder wordt bereikt" werpt de vraag op of daarmee louter het personele recht van het kind wordt bedoeld en dan nog meer bepaald de burgerrechtelijke bepaling inzake meerderjarigheid, of daarentegen elke wet waaraan het kind wordt onderworpen, en aldus ook de verblijfswet van de verblijfsstaat.

**46.** De Duitse vreemdelingenwet bepaalt voor zijn toepassingsgebied de leeftijd van meerderjarigheid voor vreemdelingen op 16 jaar, terwijl eigen onderdanen pas op 18 jaar meerderjarig worden<sup>112</sup>. In het kader van het gezinsherenigingsrecht verantwoordde de Duitse minister van binnenlandse zaken deze leeftijdslimiet door te stellen dat het kind na de leeftijd van zestien jaar niet langer de mogelijkheid heeft om zich nog gelijkwaardig professioneel te vormen als een Duits kind. Zijn integratiekansen zouden reeds voorafgaandelijk zijn gecompromitteerd<sup>113</sup>. Recent is de leeftijd voor gezinshereniging door de Duitse wetgever overigens herleid tot twaalf jaar. Ook andere E.U.-Lidstaten plannen hun leeftijdsgrens van achttien jaar op een lagere leeftijd te brengen<sup>114</sup>.

**47.** Het is niet duidelijk of het I.V.R.K. zich al dan niet verzet tegen dergelijke regelgeving. Ook de expliciete toelating door art. 1 I.V.R.K. om bij wet af te wijken van de leeftijdsbepaling, laat o.i. niet toe dat van het non-discriminatiebeginsel van art. 2 I.V.R.K. wordt afgeweken. Een afwijking kan niet worden toegestaan als ze gelijken ongelijk zou behandelen, bv. personen die allen pas op de leeftijd van achttien jaar meerderjarig worden. Wél kan ze steunen op de doelstelling om verschillende situaties ongelijk te behandelen, m.n. om personen die op jongere leeftijd effectief meerderjarig worden en hierdoor niet langer ten laste zijn, niet langer als 'kind' te kwalificeren<sup>116</sup>. In dat verband kan de meerderjarigheidsbepaling in het personele recht van de betrokkene een gerechtvaardigd criterium van onderscheid vormen. Een eenvormige leeftijdsgrens is o.i. niet vereist. Het I.V.R.K. is ingesteld om personen zonder handelingsbekwaamheid extra te beschermen en (in beperkte mate) te emanciperen. Zodra een persoon handelingsbekwaam wordt, is deze bijzondere interventie niet langer nodig.

<sup>112</sup> Dit lijkt in tegenstrijd te zijn met de bepaling van §68, derde lid *Ausländergesetz*, die stelt dat het meerderjarigheidsbegrip naar Duitse normen wordt ingevuld, m.n. a.h.v. de criteria die in het BGB zijn aangegeven.

<sup>113</sup> Bundestag, zitting 4 februari 1982, *BBl.* 4904.

<sup>114</sup> Hierover C. FORDER, "Common minimum standards in immigration matters", *M.J.* 2002, 223: Nederland, Oostenrijk (plant de leeftijd te verlagen tot vijftien jaar) en Spanje (plant de leeftijd te verlagen tot zestien jaar).

<sup>116</sup> Zie ook F. JAULT-SESEKE, *doct.*, 118-119, die het huidige verschil in behandeling ongerechtvaardigd bevindt, aangezien de onderhoudsverplichting van ouders t.a.v. hun kinderen zonder uitzondering alle minderjarige kinderen betreft.

We zullen verderop bv. ook voor het gezinsherenigingsrecht voor kinderen bepleiten dat wordt geoordeeld op grond van handelingsbekwaamheid en de mogelijkheid om zelfstandig te leven. De meerderjarigheidsleeftijd naar personeel recht vormt daarbij één van de voorgestelde beoordelingscriteria<sup>117</sup>. Een verschil in behandeling op grond van leeftijd kan m.a.w. gerechtvaardigd zijn.

## B.2.B. DE VRAAG NAAR DE DIRECTE WERKING

### \* Inleiding

48. De vraag naar de impact die deze bepalingen kunnen hebben op het recht op gezinshereniging is vooreerst ondergeschikt aan de vraag of aan het I.V.R.K., of minstens aan de betreffende bepalingen, rechtstreekse werking in de interne rechtsorde kan worden verleend. Terwijl de Nederlandse rechter zich ter zake reeds onvoorwaardelijk in positieve zin heeft uitgesproken<sup>118</sup>, stellen de Belgische en de Franse rechter zich eerder terughoudend op.

49. De rechtstreekse werking van bepalingen die reeds in andere Verdragen figureren waarvan de rechtstreekse werking in de interne rechtsorde wél reeds algemeen is aanvaard, zoals het E.V.R.M. en het I.V.B.P.R., wordt naar Belgisch recht alvast niet betwist<sup>119</sup>. Rechtspraak heeft in dat verband reeds bevestigd dat het recht op bescherming van het privé- en gezinsleven, verwoord in art. 7, 8 en 16 I.V.R.K.<sup>120</sup>, evenals het recht van het kind om betrokken te worden in een procedure die erop is gericht het te scheiden van zijn ouders (art. 9§2 I.V.R.K.), directe werking hebben<sup>121</sup>.

Ook andere bepalingen die een verdragsrechtelijke equivalent hebben, zoals het discriminatieverbod (art. 2)<sup>122</sup>, het recht om niet gescheiden te worden van zijn

<sup>117</sup> Daarnaast beogen we het recht van de huidige Verblijfsstaat van het kind in rekening te nemen. Is het reeds meerderjarig volgens zijn personeel recht, maar verblijft het in een Staat die het recht om te werken pas op latere leeftijd opent, dan kan het immers zijn handelingsbekwaamheid nog niet volledig benutten, en blijft het o.i. voorlopig wel nog een "kind". Meer hierover: cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 7 (huwelijk, afstamming en gezinshereniging), randnr 34-36.

<sup>118</sup> Pres. Rb. Den Haag 11 november 1998, AWB 98/8090 VRWET, J.V. (Ndl.) 1999, S22; Rb. Den Bosch 27 november 1998, AWB 98/2573 VRWET, J.V. (Ndl.) 1999, 63 (VRWET staat voor Vreemdelingenwet).

<sup>119</sup> Dit volgt impliciet uit art. 41 I.V.R.K., dat verwijst naar internrechtelijke bepalingen of bepalingen uit andere verdragen "die meer bijdragen tot de verwezenlijking van de rechten van het kind". Deze bepalingen ondersteunen aldus de betreffende rechten van het I.V.R.K.

<sup>120</sup> Zie hiervoor Cass. 1 oktober 1997, J.L.M.B. 1998, 796, noot C. MEUNIER. Zie ook impliciet Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994, B.S. 3 september 1994, m.b.t. art. 319 §4 B.W. en Arbitragehof nr. 36/96 van 6 juni 1996, R.W. 1996-97, 977, noot F. APS, m.b.t. art. 319 §3 B.W. Art. 16 I.V.R.K. vindt steun in art. 8 E.V.R.M., art. 17 IVBPR, en art. 22 G.W.; hierover impliciet in het kader van een verwijderingsmaatregel: Csl. d'état fr. 10 maart 1995, *Dall.* 1995, 617, concl. R. ABRAHAM, noot Y. BENHAMOU.

<sup>121</sup> Cass. 11 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 253, noot J.D.J., A.J.T. 1994-95, 4, noot R. UYTENDAELE, *Jaarboek Mensenrechten* 1994, noot B. VAN LERBERGHE.

<sup>122</sup> A. ALLEN en W. PAS, "De directe werking van het verdrag inzake de rechten van het kind", in E. VERHELLEN, G. CAPELAERE en G. DECOCK (ed.), *Kinderrechtengids: commentaren*,



ouders (art. 9.1)<sup>123</sup> en de bepaling inzake gezinshereniging (art. 10) genieten o.i. directe werking<sup>124</sup>.

### \* *Beoordelingscriteria*

**50.** Los van deze analogieredenering stellen meerdere auteurs de vraag centraal of de bepalingen van het I.V.R.K. wel voldoende precies zijn geformuleerd om directe werking te hebben. We gaan hier nader op in. Niettemin vestigen we er voorafgaandelijk de aandacht op dat deze overweging alvast geen van de Verdragsstaten bij het E.V.R.M. er definitief<sup>125</sup> van weerhouden heeft om aan art. 8 E.V.R.M. directe werking te verlenen<sup>126</sup>. De politieke wil om aan een verdragsbepaling rechtstreeks subjectieve rechten te koppelen, lijkt te primeren op de juridische precisie waarmee de bepaling is omschreven.

**51.** CLAES en VANDAELE bepleiten een functionele kijk op de artikelen waarvan de rechtstreekse werking wordt nagegaan: hoe meer rechtsbescherming van de bepaling uitgaat en hoe duidelijker het recht is omschreven, hoe groter de kans is op directe werking, daar waar dit nog twijfel laat<sup>127</sup>. Met het oog op een optimale rechtsbescherming moet rechterlijk activisme bij die beoordeling zoveel mogelijk binnen rechtszekere banen worden geleid<sup>128</sup>. Dit kan mede gebeuren a.h.v. de voorbereidende werkzaamheden<sup>129</sup> en aanvullende middelen van uitlegging<sup>130</sup>.

Vooreerst wordt onderzocht of het de bedoeling is geweest van de Verdragspartijen om directe werking aan het verdrag toe te kennen<sup>131</sup>. De

---

*regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, Mys en Breesch, deel I - 1.1., 18. Zie evenwel de ontkenning terzake door het Franse hof van Cassatie: besproken in A. VANDAELE, in *Kinderrechtengids*, deel 1 – 1.1 VANDAELE (1998), 20.

<sup>123</sup> Dat recht vindt mede steun in art. 6 en 8 E.V.R.M. en art. 14 en 23, lid 4 I.V.B.P.R. *Contra*: Csl d'état fr. 29 juli 1994, *Rev. trim. D.H.* 1995, 677, noot A.-D. OLINGA.

<sup>124</sup> Dat recht vindt mede steun in art. 12 en 23 lid 4 I.V.B.P.R., art. 2, 3 en 4 E.V.R.M. en protocol 4 bij het E.V.R.M.

<sup>125</sup> Aanvankelijk werd rechtstreekse werking evenwel moeilijk aangenomen: zie de reactie van de Belgische wetgever en hogere rechtspraak op het arrest-Marckx (*cf.* deel 2A).

<sup>126</sup> R. ABRAHAM, "Les juridictions françaises et la Convention européenne des Droits de l'Homme", in H. FULCHIRON, *o.c.*, 40.

<sup>127</sup> E. CLAES en A. VANDAELE, "Directe werking geproblematiseerd. Een juridische en rechtstheoretische verkenning", *onuitg.* (te verschijnen in *R.B.D.I.*).

<sup>128</sup> De macht van de rechter is immers groot: hij bepaalt via interpretatie in hoeverre hij de concrete fundamentele beginselen laat doorwegen: A. ALLEN en W. PAS, *l.c.*, nr. 20; E. CLAES en A. VANDAELE, *l.c.*; G.J. WIARDA, *Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van de Europese Conventie van de rechten van de mens*, Den Haag, VUGA, 1986, 7.

<sup>129</sup> Als blijk van de intentie ter zake van de verdragspartijen: Cass. 21 april 1983, *R.C.J.B.* 1985, 22, noot M. WAELBROECK.

<sup>130</sup> Hiervoor verwijzen E. CLAES en A. VANDAELE, *l.c.*, naar art. 31 en 32 Verdrag van Wenen van 23 mei 1969 inzake het verdragenrecht, goedgekeurd bij wet van 10 juni 1992, *B.S.* 25 december 1993.

<sup>131</sup> Uit de beginselverklaring bij het Verdrag blijkt duidelijk dat de Verdragsstaten de directe werking niet algemeen hebben willen uitsluiten: zie hierover A. ALLEN en W. PAS, "De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind", *Kinderrechtengids*, deel 1 – 1.1, 17.

klarheid en precisie van de bepaling verraadt vaak deze intentie<sup>132</sup>. Mensenrechten zijn evenwel onvermijdelijk vaag geformuleerd en moeten daarom op grond van een criterium worden geëvalueerd<sup>133</sup>.

Het criterium dat wordt aangereikt door de vraag of de bepaling uitwerking behoeft door nationale wetgeving, is achterhaald. We bevinden het met de auteurs onaanvaardbaar dat een recht blijvend zou worden geneutraliseerd door stilzitten van de overheid<sup>134</sup>. Om die reden is ook de vraag of uit de verdragsbepaling subjectieve rechten kunnen worden afgeleid, minder belangrijk geworden en beïnvloedt de uitkomst ervan het oordeel over directe werking niet<sup>135</sup>.

**52.** Een beoordeling blijkt niet eenvoudig. Het objectieve contentieux laat bovendien strikt genomen niet toe dat de vraag naar directe werking wordt gesteld: elke Verdragsstaat is verplicht om elke Verdragsbepaling na te leven<sup>136</sup>. In dat licht kunnen we verdedigen dat elk Verdrag – minstens wat betreft de kern van zijn bepalingen – hoedanook rechtstreekse werking in de interne rechtsorde van de ratificerende Staten heeft zodra het op het internationale niveau in werking is getreden.

**53.** De huidige tendens binnen de ons bekende rechtspraak is dat aan zoveel mogelijk Verdragsbepalingen rechtstreekse werking wordt toegekend, maar dat

<sup>132</sup> Cass. 21 april 1983, *R.C.J.B.* 1985, 22, noot M. WAELBROECK.

<sup>133</sup> Hierover o.m. E. BREMS, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, 295.

<sup>134</sup> E. CLAES en A. VANDAELE, *I.c.*, 16. Zie evenwel GISTI (Groupement d'Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés), *Rencontre internationale pour le droit de vivre en famille des immigrés en Europe, Brussel 4, 5 en 6 november 1993*, Paris, Coördination pour les Droits à vivre en Famille, 1993, 12.

<sup>135</sup> R.v.St. 10 november 1989, *J.T.* 1990, 607, noot P. COPPENS; H.v.J. 5 februari 1963, arrest-Van Gend en Loos, nr. 36/62, *Jur. H.v.J.* 1963, I, 23; R.v.St., arrest-M'Feddal, nr. 32.989, 6 september 1989, *Rev. trim. D.H.* 1990, 190, noot M. LEROY; R.v.St. nr. 71.273, 28 januari 1998, <http://www.raadvst-consetat.be>; Arbitragehof nr. 18/90, 23 mei 1990, A.A. 1990, 121; Arbitragehof nr. 33/92, 7 mei 1992, A.A. 1992, 373 (art. 13 ECOSOC j° art. 24 §3 G.W.); E. CLAES en A. VANDAELE, *I.c.*, 12 (zie ook voor een verwijzing naar meer lectuur ter zake); O. DE SCHUTTER, noot onder Cass. 20 december 1990, in O. DE SCHUTTER en S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national. Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, Brussel, Larcier, 1999, 118-119. *Contra*: R.v.St. nr. 45.552, 30 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, 244, noot J. JACQMAIN (geen directe werking voor IAO-conventie nr. 111, art. 10 ECOSOC, art. 1, 2 Vrouwenverdrag; wel directe werking IVBPR); R.v.St. nr. 68.914, 16 oktober 1997, *R.W.* 1998-99, 331, noot W. RAUWS (geen directe werking voor art. 4 §4 Europees Sociaal handvest); R.v.St. nr. 63.473 van 10 december 1996, *T.B.P.* 1997, 580 (geen directe werking voor art. 1, 2, 3 en 15 Europees Sociaal Handvest).

<sup>136</sup> Het is onaanvaardbaar dat art. 4 I.V.R.K., dat erop wijst dat de Staten alle maatregelen zullen nemen om de in het verdrag erkende rechten te verwezenlijken, zou worden ingeroepen om de directe werking af te wijzen, zoals gebeurde in Cass. 31 maart 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1430. Het ontbreken van aangepaste regelgeving ter zake wordt opgelost door een verdragsconforme interpretatie van de strijdige bepalingen. Zie bv. m.b.t. art. 223 B.W.: Vred. Brussel 26 oktober 1993, *T. Vred.* 1993, 372, noot F. GRANDHENRY.

daaraan slechts minimale juridische gevolgen worden verbonden<sup>137</sup>. Dat laatste gebeurt in het licht van de ruime beleidsvrijheid van de Verdragsstaten. Zo stelt de rechter bv. vaak dat rekening moet worden gehouden met het belang van het kind, maar gaat hij niet in op de concrete verplichtingen die daaruit voortvloeien<sup>138</sup>. Ook de non-discriminatiebepaling van art. 2 I.V.R.K. wordt slechts vaag afgegrensd<sup>139</sup>.

**54.** Het voordeel van deze werkwijze is dat uitgegaan wordt van een vermoeden van rechtstreekse werking in de interne rechtsorde van mensenrechtenbepalingen. 'Het laat de rechter ook toe om verregaande beslissingen te nemen in maatschappelijk gevoelige dossiers'<sup>140</sup>, zoals een oordeel van de Raad van State over de rechtmatigheid van de uitzetting van een minderjarige<sup>141</sup>. De Raad van State oordeelde dat de terugbrenging van een negenjarig Zaïrees meisje wier asielaanvraag tot twee maal toe was verworpen, diende te gebeuren "en respect des dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant". Hij ging evenwel niet in op de concrete gevolgen daarvan.

Het nadeel van de werkwijze is dat de vraag naar de beleidsmarges onbeantwoord blijft. De Raad heeft zich ertoe beperkt te stellen dat het I.V.R.K. *in casu* was nageleefd, zonder deze stelling evenwel te motiveren. Ook al verleent hij impliciet directe werking aan de I.V.R.K.-bepaling, deze lijkt zijn inhoud te verliezen, meer nog, door zijn ongecontroleerde toepassing een schijn van rechtvaardiging op het hoogste niveau uit te spreken over een regel of praktijk die in werkelijkheid nauwelijks is getoetst<sup>142</sup>.

**55.** We keren daarom terug naar de vraag welke werking aan de bepalingen kan worden verleend. Met de doelstelling om de rechterlijke vrijheid meer in te perken, wordt vastgehouden aan de tekst en de wil van de Verdragspartijen. Deze zijn evenwel niet altijd duidelijk<sup>143</sup>. Bovendien bestaat het risico dat de inroeping van deze elementen eerder rechterlijk activisme verhuult dan het te neutraliseren: de rechter laat zich bij de interpretatie van de ingeroepen bepalingen leiden door het resultaat dat hij voor ogen heeft. Dat laatste is evenwel onvermijdelijk. De rechter moet een invulling geven aan mensenrechten die gekenmerkt worden door een open textuur: ze zijn abstract geformuleerd en worden door hem geconcretiseerd, zo mogelijk met behulp van rechtspraak van

<sup>137</sup> E. CLAES en A. VANDAELE, *I.c.*

<sup>138</sup> Bv. in toepassing van art. 21 I.V.R.K. op de beoordeling van de wettige redenen tot nietigverklaring van een adoptie: Cass. 4 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 919.

<sup>139</sup> E. CLAES en A. VANDAELE, *I.c.*

<sup>140</sup> E. CLAES en A. VANDAELE, *I.c.*

<sup>141</sup> R.v.St. nr. 61.990, 26 september 1996, *J. dr. Jeun.* 1996, 484, noot S. SAROLEA (Arrest-Boyele Bonkena Meta).

<sup>142</sup> In gelijkaardige zin: S. SAROLEA, noot onder R.v.St. nr. 61.990, 26 september 1996, *J. dr. Jeun.* 1996, 488.

<sup>143</sup> Dit betekent evenwel niet dat de bepalingen slechts de waarde hebben van een intentieverklaring: M. BOSSUYT, "La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant", *R.U.D.H.* 1990, 143.

een internationaal gerechtshof<sup>144</sup>.

**56.** Vijf richtlijnen kunnen worden geformuleerd om het oordeel van directe werking op te baseren: de regel van de harde kern<sup>145</sup>, de afstemmingsregel (zoeken naar de meest mensenrechtenvriendelijke interpretatie van de bestaande internrechtelijke regeling), de afwegingsregel (ingeval van botsing van grondrechten), de prioriteitsregel (laat de mate van binding door de mensenrechtelijke norm niet afhangen van beleidsoverwegingen van collectieve aard, maar wel van overwegingen van openbare orde en veiligheid) en een opportuniteitsoverweging (het collectief belang van de overheid om maatregelen te nemen die afbreuk doen aan het individueel belang).

Het gevaar van deze richtlijnen is o.i. evenwel dat zodanig de nadruk wordt gelegd op het begrip 'kernrecht', dat de Verdragsstaten van de gelegenheid gebruik kunnen maken om slechts minimale verplichtingen uit de bepalingen af te leiden en dan nog enkel in zoverre de interne rechtsorde die concretisering van het mensenrecht toelaat<sup>146</sup>. Anderzijds wordt met de toepassing van de harde kern tenminste al één deel van het mensenrecht definitief door een stand still-verplichting beschermd<sup>147</sup>. Bovendien heeft een mensenrecht slechts praktische betekenis als het wordt geconcretiseerd. Daartoe moet steeds een verwijzing naar intern recht gebeuren. Een tempering van het recht is bijgevolg onvermijdelijk, o.i.v. de concrete omstandigheden en context, waartoe ook de beginselen worden gerekend die aan de nationale rechtsorde ten grondslag liggen<sup>148</sup>.

#### **\* Toepassing op het I.V.R.K.**

##### **- Geen eenduidige rechtspraak**

**57.** Passen we de voorgaande bedenkingen toe op de betreffende artikelen van het I.V.R.K., dan kunnen we concluderen dat bepaalde Hoven en rechtbanken terecht directe werking verlenen aan de kernbepalingen van art. 2, 3 en 6

<sup>144</sup> E. CLAES en A. VANDAELE, *I.c.*, wijzen erop dat ook in die referentierechtspraak rechterlijk activisme schuil kan gaan.

<sup>145</sup> Zie ook E.C.R.M., resolutie 1993/14, § 7: oproep aan de Staten "to consider identifying special national benchmarks designed to give effect to the minimum core obligation to ensure the satisfaction of minimum essential levels of each of the rights". Zie ook COMITE VOOR SOCIALE EN ECONOMISCHE RECHTEN, *General Comment on article 2(1)*: "the Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State Party". Zie ook: E. VERHELLEN, *Verdrag inzake de rechten van het kind*, o.c., 2000, 106; S. BOUCKAERT en M.C. FOLETS, "De betekenis van het Kinderrechtenverdrag in de context van illegale immigratie ter discussie gesteld. Enkele bedenkingen bij het arrest van het Arbeidshof Antwerpen van 7 mei 1999", *T.J.K.* 2001, 28.

<sup>146</sup> E. CLAES en A. VANDAELE, *I.c.*, 42-43.

<sup>147</sup> E. CLAES en A. VANDAELE, *I.c.*, 51.

<sup>148</sup> E. BREMS, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, 240.

I.V.R.K.<sup>149</sup>. De harde kern van de bepalingen van art. 2§1 (non-discriminatie), 3§1, 6§1 (recht op leven) en 27 §1 (recht op ontwikkeling) I.V.R.K., lieten reeds toe te besluiten tot de strijdigheid ermee van de regeling inzake maatschappelijke dienstverlening aan vreemdelingen met illegaal verblijf (art. 57 § 2 OCMW-wet)<sup>150</sup>.

**58.** De Belgische Raad van State ontzegde tot voor kort elke rechtstreekse werking in de interne rechtsorde aan het I.V.R.K.<sup>151</sup> Het Franse Hof van Cassatie doet dat tot op heden<sup>152</sup>. Ook al heeft de Raad van State inmiddels bevestigd dat sommige bepalingen (mogelijk) rechtstreekse werking hebben, ze wees deze mogelijkheid af m.b.t. art. 1, 2, 3, 5, 6 § 2, 9, 10, 20, 22, 27 § 1 en 28 I.V.R.K.<sup>153</sup>. De oordelen zijn evenwel mogelijk gegrond in het maatschappelijk gevoelige en tevens ruim discretionaire karakter van de *in casu* behandelde vragen. Deze betroffen overwegend beslissingen tot uitwijzing van een vreemdeling.

<sup>149</sup> A. VANDAELE, in *Kinderrechtengids*, 34-39.

<sup>150</sup> Antwerpen 21 oktober 1998, *Kinderrechtengids* deel 3, 3.11, 12; schending van art. 3 en 24 I.V.R.K.: Arbeidsrb. Brussel 17 december 1996; Arbrb. Oudenaarde (kort ged.) 24 juli 1997, *T. Vreemd.* 1997, 303; Arbrb. Gent (kort ged.) 28 april 1997, *Kinderrechtengids* deel 3, 3.11, 8 (loutere bevestiging van de principiële inroepbaarheid van het I.V.R.K.). *Contra*: Arbh. Luik 26 maart 1997, *Kinderrechtengids* deel 3, 3.11, 6: enkel kinderen die onder de rechtsbevoegdheid van de Verdragsstaat vallen, kunnen een beroep doen op art. 22 I.V.R.K. (geen kinderen die een bevel hebben gekregen om het grondgebied te verlaten of een bevel tot terugbrenging); Arbh. Luik 5 november 1996, *Kinderrechtengids (KIDS)* deel 3, 3.11, 3 (art. 2 I.V.R.K. wordt toegepast, zonder dat de directe werking expliciet wordt bevestigd; het artikel staat een gerechtvaardigde verschillende behandeling, zoals ingesteld door art. 57 § 2 O.C.M.W.-wet, niet in de weg).

<sup>151</sup> R.v.St., Doudou Oumarar, nr. 60.010, 11 juni 1996, *onuitg.*; R.v.St., En Niya, nr. 65.348, 20 maart 1997, *onuitg.*

<sup>152</sup> Cass. fr. 10 maart 1993, D. 1993, 361, noot J. MASSIP, *R.C.D.I.P.* 1993, 449, noot P. LAGARDE, en *Rev. trim. D.H.* 1995, 673, noot A.D. OLINGA; Cass. fr. 2 juni 1993, *Rec. Dall. Som. Com.* 1994, 34, noot F. DEKEUWER-DEFOSSEZ. In dezelfde zin weigert ook M.J.C. KOENS, "Het verblijfsrecht van buitenlandse familie- en gezinsleden in Nederland", *F.J.R.* 1994, 232, enige directe werking aan het Verdrag te verlenen.

<sup>153</sup> R.v.St. nr. 97.206 van 28 juni 2001, *T. Vreemd.* 2001, 344 (art. 9 I.V.R.K.); R.v.St. nr. 58.032, 7 februari 1996, *onuitg.*; R.v.St. nr. 60.010, 11 juni 1996, *onuitg.*; R.v.St. nr. 60.097, 1 juni 1996, *J. dr. Jeun.* 1997, 519; R.v.St. nr. 61.990, 26 september 1996, *J. dr. Jeun.* 1996, 484, noot S. SAROLEA; R.v.St., Duncan, nr. 58.122, *onuitg.*; R.v.St. nr. 65.348, 20 maart 1997, *onuitg.*; Cass. 4 november 1999, *J.T.* 2000, 667; Cass. 10 november 1999, *KIDS* deel 3, 3.1.2., 27; Cass. 4 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1378; Brussel 22 april 1997, *J.L.M.B.* 1999, 321 (art. 3 I.V.R.K.; wél directe werking van art. 9 I.V.R.K.). *Contra*, m.a.w. wél directe werking: m.b.t. art. 3 I.V.R.K.: Arbitragehof nr. 62/94 van 14 juli 1994, *J.L.M.B.* 1995, 164, noot D. PIRE; R.v.St. 26 september 1996, *J. dr. jeun.* 1996, 484, noot S. SAROLEA; Arbitragehof nr. 36/96 van 6 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 977, noot F. APS; Arbitragehof nr. 50/98 van 20 mei 1998, *A.A.* 1998, 613; Arbh. Bergen 23 maart 1999, *J.dr.jeun.* 2000, afl. 192, 36, concl. P. DE COSTER (wél ontzegging van directe werking aan art. 27 I.V.R.K.); Jeugdrb. Verviers 2 december 1998, *J.L.M.B.* 1999, 1443; Jeugdrb. Luik 17 april 1997, *Rev. rég. dr.* 1997, 335; m.b.t. art. 7 I.V.R.K.: Arbitragehof nr. 62/94 van 14 juli 1994, *J.L.M.B.* 1995, 164, noot D. PIRE; m.b.t. art. 9.1 I.V.R.K.: Brussel 22 april 1997, *J.L.M.B.* 1999, 321; m.b.t. art. 9.2 I.V.R.K.: Cass. 11 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 253, noot J.D.J.; Brussel 22 april 1997, *J.L.M.B.* 1999, 321; Arbeidsrb. Brugge 24 december 2001, *A.R.* 105.997, *onuitg.*; Arbh. Luik 26 maart 1997, *Soc. Kron.* 1998, 544, noot J. JACQMAIN; Arbeidsrb. Brugge 24 december 2001, *A.R.* 105.997, *onuitg.* (art. 6, 24 en 27 I.V.R.K.: recht op een menswaardig bestaan). Hierover meer: P. SENAËVE m.m.v. S. ARNOEYTS, "Tien jaar Belgische rechtspraak inzake de aanwending van het I.V.R.K.", *colloquium De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht 11 oktober 2002*, Verslagboek, te verschijnen bij Intersentia.

Het Arbitragehof heeft alvast m.b.t. internrechtelijke situaties de directe werking van art. 3 en art. 7 I.V.R.K. aangenomen. Bepaalde Hoven en rechtbanken spraken zich reeds in dezelfde zin uit over onder meer art. 6, 9, 12, 21, 24 en 27 I.V.R.K.<sup>154</sup>, waaronder het Hof van Cassatie m.b.t. art. 9.2 en art. 21 I.V.R.K.

**59.** In 2000 lijkt de Raad van State alvast op één afwijzing te zijn teruggekomen. In het licht van de beoordeling van een regularisatieverzoek heeft de Raad zelf verwezen naar art. 20 I.V.R.K.<sup>155</sup>.

Deze uitspraak is vooralsnog alleenstaand. Enkele jaren tevoren nog heeft de Raad geoordeeld dat de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en staatlozen niet verplicht is om in zijn uitwijzingsbeslissing rekening te houden met het belang van het kind<sup>156</sup>. In het arrest M.T.B. oordeelde de Raad van State dat een zeventienjarige jongen die zijn ouders had verloren in de Angolese burgeroorlog, wiens verzoek tot erkenning als vluchteling was verworpen en die vervolgens een bevel had ontvangen om het grondgebied te verlaten, niet de bescherming genoot van art. 9 en 10 I.V.R.K. Het I.V.R.K. zou niet van toepassing zijn op minderjarigen die niet tot binnenkomst zijn toegelaten<sup>157</sup> of die een bevel hebben gekregen om het grondgebied te verlaten<sup>158</sup>.

Het is niet duidelijk of de Raad sinds zijn uitspraak in 2000 ook in deze aangelegenheden anders zou oordelen.

## - Beoordeling

**60.** De directe werking van art. 7, 8 en 16 I.V.R.K. moet, zo blijkt uit het voorgaande, niet langer worden betwijfeld<sup>159</sup>. I.t.t. de uitspraken van de Raad van State menen we dat tevens kan worden aangenomen dat art. 2, 9<sup>160</sup> en 10 I.V.R.K. directe werking hebben<sup>161</sup>.

<sup>154</sup> Cf. vorige noten. M.b.t. art. 21 I.V.R.K.: Cass. 4 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 919; Brussel 5 juni 1992; Gent 4 oktober 1999, *T.J.K.* 2000, 67, noot G. VERSCHULDEN.

<sup>155</sup> R.v.St. 20 juni 2000, nr. 88.076, *Rev. dr. étr.* 2000, 282.

<sup>156</sup> R.v.St., M.T.B., nr. 60.097, 1 juni 1996, *J. dr. jeun.* 1997, 519; R.v.St., Booto en Passy, nr. 58.032, 7 februari 1996, <http://www.raadvst-consetat.be>; R.v.St., De Wispelaere, nr. 45.552, 30 december 1993, *Soc. Kron.* 1994, 244, noot J. JACQMAIN.

<sup>157</sup> R.v.St., Aibangbee, nr. 65.754, 1 april 1997, <http://www.raadvst-consetat.be>.

<sup>158</sup> Arbh. Luik 26 maart 1997, *Soc. Kron.* 1998, 544, noot J. JACQMAIN. Zie ook Arbh. Luik 5 november 1996, *KIDS* deel 3, 3.11, 3; Arbh. Bergen 23 maart 1999, *J.dr.jeun.* 2000, afl. 192, 36 (art. 2 en 27 I.V.R.K.; wél heeft art. 3 I.V.R.K. directe werking).

<sup>159</sup> Zie ook m.b.t. art. 7 en 16: S. MEUWESE, C. MORELLI en A. WOLTHUIS, "Gezinshereniging in het Nederlandse Vreemdelingenrecht getoetst aan het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind", *MR* 2000, 193.

<sup>160</sup> Zie o.m. Brussel 22 april 1997, *J.L.M.B.* 1999, 321.

<sup>161</sup> *Contra*: P. SENAËVE m.m.v. S. ARNOEYTS, "Tien jaar Belgische rechtspraak inzake de aanwending van het I.V.R.K.", *colloquium De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht 11 oktober 2002*, verslagboek, beperken zich in hun aanname van rechtstreekse werking in de interne rechtsorde tot art. 6, 7, 8, 13, 14, 15, 16, 17 en 37 I.V.R.K. Hun criterium bestaat erin dat de betreffende bepalingen reeds rechtstreekse werking genieten door hun bescherming in het I.V.B.P.R. en het E.V.R.M. Bepalingen die de Verdragsstaten

61. De Nederlandse wetgever heeft de directe werking van deze artikelen alvast uitdrukkelijk bevestigd, ook m.b.t. vreemdelingen, ongeacht hun verblijfsstatuut<sup>162</sup>. Ook wij menen dat de bescherming van het I.V.R.K. niet afhankelijk gesteld kan worden van wettig verblijf<sup>163</sup>.

62. Een uitspraak in 1995 van de Franse Conseil d'Etat m.b.t. art. 3 en 16 I.V.R.K. geeft impliciet aan dat de Franse Raad dezelfde opvatting is toegedaan<sup>164</sup>. De uitwijzing van een vierjarig kind dat op illegale wijze zijn moeder had vervoegd, die zelf Frankrijk was binnengekomen in het kader van gezinshereniging, werd strijdig bevonden met art. 3 §1 en 16 I.V.R.K. omdat het kind zijn Turkse vader niet kende, deze het kind nooit als dusdanig had behandeld, en noch hij, noch iemand anders het kind in Turkije zou opvangen.

**\* Toepassing op relevante bepalingen voor het gezinsherenigingsrecht**

63. De aanname dat art. 2, 3, 7, 8, 9, 10 en 16 I.V.R.K. directe werking hebben, laat ons toe het Belgische gezinsherenigingsrecht te toetsen aan bepalingen met een concretere invulling dan de aangehaalde relevante bepalingen van het E.V.R.M.

64. Uit het tweede "rapport over de door België genomen maatregelen die uitvoering geven aan de in het Verdrag erkende rechten alsmede over de vooruitgang die is geboekt ten aanzien van het genot van die rechten"<sup>165</sup>, blijkt dat het Kinderrechtencomité de Belgische regering heeft aanbevolen het internationaal verdrag tot bescherming van de rechten van gastarbeiders en van hun familieleden te ondertekenen en te ratificeren, in het licht van de beloofde inspanningen voor een positief, humaan en vlot onderzoek van de aanvragen tot gezinshereniging vanwege vluchtelingen en gastarbeiders.

---

slechts een bepaald resultaat opleggen, genieten geen rechtstreekse werking (bv. art. 26 I.V.R.K.).

<sup>162</sup> Memorie van Toelichting, tweede kamer 1992-1993, 22.855 (R1451), nr. 3, 9. Indien de scheiding van ouder en kind voortvloeit uit een maatregel genomen door een Verdragsstaat, dan is elke Staat er rechtstreeks toe verplicht om op vraag van ouder, kind of een ander familielid van het kind, inlichtingen te verstrekken over de plaats waar die ouder zich bevindt, tenzij dat het welzijn van het kind zou schaden.

<sup>163</sup> In dezelfde zin: Arbh. Bergen 23 maart 1999, *J.dr.jeun.* 2000, afl. 192, 36 (art. 2 en 27 I.V.R.K. hebben evenwel geen directe werking); Arbh. Antwerpen 21 oktober 1998, *J.T.T.* 1999, 191 (art. 2, 6, 8, en 27 I.V.R.K.); Vz. Arbrb. Gent 28 april 1997, *KIDS* deel 3, 3.11, 8; Arbrb. Brussel 17 december 1996, *KIDS*, deel 3, 3.6, 3 (art. 3 en 24 I.V.R.K.). zie ook S. SAROLEA, "Aide sociale aux étrangers en situation illégale: les droits de l'homme en quête d'effectivité", *J.T.* 1998, 347-348; T. WERQUIN, "La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal", *J.T.T.* 2000, 241-242. *Contra*: E. PIETERS, "Sociale dienstverlening aan vreemdelingen die illegaal in België verblijven", *B.T.S.Z.* 1998, 183.

<sup>164</sup> Csl. d'état fr. 10 maart 1995, *Dall.* 1995, 617, concl. R. ABRAHAM, noot Y. BENHAMOU.

<sup>165</sup> Hierover: B. VAN KEIRSBILCK, "Note concernant le projet de deuxième rapport de la Belgique relatif à la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant à l'intention de la Commission nationale des droits de l'enfant", *J.D.J.* december 1998.

Het Comité heeft tevens de Verdragssluitende Staten ertoe aangespoord de interpretatieve verklaringen bij de ratificatie van het I.V.R.K. opnieuw te onderzoeken en eventueel in te trekken.

Het Ministerie van Buitenlandse Zaken gaf evenwel aan dat het op geen van beide niveaus stappen overweegt. Het steunde zich daartoe op de evidente stelling dat het non-discriminatiebeginsel van artikel 2, eerste lid, niet de verplichting voor de Staten inhoudt om aan vreemdelingen dezelfde rechten te waarborgen als aan de eigen onderdanen. "Dit begrip moet worden verstaan als ertoe strekkende iedere willekeurige gedraging uit te bannen, doch niet verschillen in behandeling, stoelend op objectieve en redelijke overwegingen, overeenstemmend met de beginselen die in democratische samenlevingen gelden"<sup>167</sup>. Met deze correcte globale overweging heeft de Minister zich evenwel niet uitgelaten over de redelijkheid *in concreto* van de huidige bepalingen.

**65.** Wij zijn de mening toegedaan dat alvast de volgende bepalingen van het Belgische gezinsherenigingsrecht niet stroken met de genoemde bepalingen van het I.V.R.K.

**66.** De voorwaarde dat de derdelander-gezinshereniger over voldoende middelen van bestaan beschikt (*cf. infra*), is o.i. strijdig is met art. 2 (verbod van discriminatie op grond van welstand) j° art. 9, 10 en 16 I.V.R.K. De vaststelling dat geen enkele bepaling regelt dat na verloop van een zekere termijn soepelere voorwaarden kunnen worden gesteld aan personen die niet aan de voorwaarde kunnen voldoen, sterkt ons in deze opvatting<sup>168</sup>.

**67.** Voorts verbiedt art. 2 I.V.R.K. dat kinderen uit polygame huwelijken ongelijk worden behandeld t.a.v. andere kinderen. De onmogelijkheid voor kinderen van een andere echtgenote dan deze die de vader heeft vervoegd, om een beroep te doen op gezinshereniging, moet geval per geval worden geëvalueerd. De uitsluiting van gezinshereniging in hun hoofde door de verblijfsinstanties van meerdere Verdragsstaten<sup>169</sup> is o.i. strijdig met dit gelijkheidsbeginsel<sup>170</sup>.

**68.** Ook de voorwaarde in meerdere Verdragsstaten dat het kind op het ogenblik van het verzoek tot gezinshereniging nog feitelijk tot het gezin behoort, gaat verder dan wat art. 9 I.V.R.K. ter zake stelt. De doelstelling bestaat erin het kind te laten opvoeden door zijn ouders. Hebben die dat voorheen niet gedaan, maar

<sup>167</sup> Tweede "rapport over de door België genomen maatregelen die uitvoering geven aan de in het Verdrag erkende rechten alsmede over de vooruitgang die is geboekt ten aanzien van het genot van die rechten", 1998.

<sup>168</sup> M. VAN DER LINDE, "De betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind voor migrantenkinderen", *Migrantenrecht* (Ndl.) 1995, afl. 5, 107.

<sup>169</sup> *Cf. infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 4, randnrs 5 en 23-42.

<sup>170</sup> M.J.C. KOENS, "Het verblijfsrecht van buitenlandse familie- en gezinsleden in Nederland", *F.J.R.* 1994, 232.



zijn ze er vervolgens toe bereid, dan moet die mogelijkheid worden geboden, tenzij dat tegen het belang van het kind zou ingaan<sup>171</sup>.

**69.** Ook menen bepaalde auteurs o.i. terecht dat art. 9 I.V.R.K. zich verzet tegen een *elsewhere-approach*. Het kind mag niet van zijn ouders worden gescheiden tegen hun wil. De ouders kunnen er bijgevolg niet toe worden verplicht om hun familieleven in een ander land te gaan uitoefenen<sup>172</sup>.

**70.** Deze laatste bedenking vormt een zoveelste argument om in het verblijfsrecht stelselmatig over te schakelen op een *connections approach*. Deze vormt een evenwichtig equivalent voor ons voorstel om ook in het I.P.R., op het oog van een toepassing van het recht waarmee de betokkene de nauwste *banden* vertoont, aan te knopen bij het recht van de Staat van stabiel verblijf.

Beide invalshoeken van ons onderzoek naar vormen van ontstaan van gezinsleven, de invalshoek van het familierecht en die van het verblijfsrecht, worden m.a.w. benaderd vanuit eenzelfde *connections approach*.

**71.** Twee categorieën van vreemdelingen die zich in een bijzondere positie bevinden, zijn vluchtelingen en staatlozen. We beklemtoonden dit reeds bij de formulering van ons aanknopingsvoorstel en staan vervolgens ook stil bij de verblijfsrechtelijke eigenheden van hun situatie.

## **C. HET VLUCHTELINGENVERDRAG, HET STAATLOZENVERDRAG EN HET RECHT OP GEZINSHERENIGING**

### **C.1. DE ERKENDE VLUCHTELING**

**72.** Noch het Verdrag van Genève van 1951 betreffende de status van vluchtelingen, noch de Belgische vreemdelingenwet bepalen expliciet een recht op gezinshereniging voor erkende vluchtelingen<sup>173</sup>.

Het beginsel figureert evenwel in de Slotakte van de Conferentie die het Verdrag van 1951 heeft aangenomen<sup>174</sup>. De familieleden van een vluchteling worden met deze gelijkgesteld, ook als ze persoonlijk niet aan (alle elementen van) de definitie voldoen.

Het Uitvoerend Comité van het Hoog Commissariaat voor de Vluchtelingen heeft de Verdragsstaten er herhaaldelijk aan herinnerd dat het beginsel van de

<sup>171</sup> S. MEUWESE, C. MORELLI en A. WOLTHUIS, "Gezinshereniging in het Nederlandse Vreemdelingenrecht getoetst aan het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind", *MR* 2000, 192.

<sup>172</sup> S. MEUWESE, C. MORELLI en A. WOLTHUIS, *l.c.*, 193.

<sup>173</sup> N. BERGER, *o.c.*, 198.

<sup>174</sup> Deze Slotakte heeft evenwel slechts de waarde van een Aanbeveling.

eenheid van het gezin figureert tussen de internationale instrumenten van de rechten van de mens en dat de regeringen passende maatregelen moeten nemen om ze te waarborgen.

Hetzelfde Comité heeft overigens gepleit voor een pragmatische en flexibele benadering van de begrippen 'gezin' en 'gezinsleden'. Daarbij moet rekening worden gehouden met de fysieke, financiële en mentale afhankelijkheid van de kern van het gezin, die wordt gevormd door de ouders en de kinderen<sup>175</sup>.

**73.** De Belgische Vreemdelingenreglementering behandelt erkende vluchtelingen en hun familieleden zoals andere derdelanders. Uit art. 10, 1<sup>o</sup><sup>177</sup> j<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> Vreemdelingenwet volgt impliciet een recht op toelating tot het verblijf voor de echtgenoot mits beide partners achttien jaar oud zijn en voor de ongehuwde kinderen ten laste tot achttien jaar.

Op de voorwaarden waaronder de familieleden van de erkende vluchteling na verloop van tijd een versterkt verblijfsstatuut genieten, wordt evenmin expliciet ingegaan<sup>178</sup>. Ook hier vindt de regeling voor derdelanders m.a.w. toepassing.

Deze gelijke behandeling t.a.v. andere derdelanders is doelbewust, om te vermijden dat vreemdelingen 'doorprocederen' tot ze de meest voordelige verblijfsstatus hebben<sup>180</sup>.

**75.** De regeling is in overeenstemming met de recente Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander. Deze verbiedt slechts dat gezinshereniging op grond van een familieband die reeds bestond alvorens de vluchtelingenstatus werd toegekend, zou worden bemoeilijkt door een huisvestings-, middelen- en/of ziekteverzekeringseis, door integratievereisten, door een wachttijd of door vast te houden aan het officiële bewijs van de familieband<sup>181</sup>. De drie eerstgenoemde vereisten kunnen overigens wél worden opgelegd als het verzoek om gezinshereniging pas wordt ingediend nadat drie maanden zijn verstreken sinds de erkenning als vluchteling of als wordt bewezen dat gezinshereniging tevens mogelijk is in een Staat waarmee de gezinshereniger en/of het gezinslid bijzondere banden heeft (*elsewhere approach*). In het laatste geval kunnen

<sup>175</sup> Conclusies nr. 9 (XXVIII), nr. 24 (XXXII), nr. 84 (XLVIII), nr. 85 (XLIX) en conclusies van de vijftigste zitting van 1999.

<sup>177</sup> Art. 10: "(...) tot een verblijf van meer dan drie maanden in het Rijk toegelaten: 1<sup>o</sup> De vreemdeling wiens recht op verblijf erkend wordt door een internationaal verdrag, door de wet of door een koninklijk besluit".

<sup>178</sup> I.t.t. art. 98, eerste lid Vreemdelingenbesluit, dat voor staatlozen en hun familieleden verwijst naar de gemeenrechtelijke regeling.

<sup>180</sup> Zie o.m. Vr. en Antw. nr. 32 van 27 september 1999 (TASTENHOYE), *J. dr. Jeun.* maart 2000, 24.

<sup>181</sup> Art. 11 en 12 Richtlijn.

tevens integratievereisten worden opgelegd vanaf de beoordeling van een verzoek tot verlenging van de verblijfstitel (maar dus niet als binnenkomstvoorwaarde)<sup>182</sup>.

Aangezien de Belgische regeling geen van de genoemde vereisten oplegt, dit overigens ongeacht wanneer het huwelijk is ontstaan, kan ze voort worden toegepast op vluchtelingen.

**76.** Meerdere Staten die wél bijkomende vereisten opleggen aan derdelanders, bv. Nederland, zijn voortaan Europeesrechtelijk verplicht om een afzonderlijke regeling uit te werken, minstens voor de familieleden die reeds vóór de erkenning van de vluchtelingenstatus waren gehuwd met de vluchteling, nergens elders terecht kunnen en hun verzoek binnen de drie maanden formuleerden. Dergelijke regeling bestaat vandaag reeds naar Nederlands recht<sup>183</sup>. Ze is behoorlijk streng, aangezien ze nog net binnen de krijtlijnen van twee van de drie maximumgrenzen blijft (de eis dat de gezinsband reeds vóór de erkenning bestond en de drie-maandeneis), behalve in het geval dat het familielid de Nederlandse nationaliteit heeft<sup>184</sup>. In al deze gevallen wordt recht op gezinshereniging verleend zonder inkomenseis en onder een versoepelde documenteneis. Daarbuiten moet de vluchteling een inkomen kunnen aantonen ten belope van 70 % van de bijstandsvereiste. Voldoet hij niet aan die vereiste, dan kan verblijf slechts op grond van humanitaire redenen 'van klemmende aard' worden bekomen of op grond van art. 8 E.V.R.M.

Er zijn o.i. steeds voldoende humanitaire redenen voorhanden om aan te nemen dat gezinshereniging moet worden toegestaan. "Pour lui, le choix est entre l'exil et les persécutions. Il semble donc qu'on puisse soutenir qu'un état qui a accordé le droit d'asile à un réfugié ne doit pas refuser d'autoriser aussi l'admission des membres de sa famille qui la demandent et sont en mesure de s'en prévaloir. Si un état refuse d'accéder à une telle demande, il expose le réfugié à un choix entre la séparation d'avec sa famille, d'une part, et de graves risques de persécutions, d'autre part"<sup>185</sup>.

<sup>182</sup> Art. 7.2, laatste lid Richtlijn.

<sup>183</sup> Artikel 29 lid 1, e en f Vw.

<sup>184</sup> Vc 1994, hoofdstuk B7/17: voorwaarde dat het familielid dezelfde nationaliteit heeft als de vluchteling, gelijktijdig of binnen een redelijke termijn (i.e. ten laatste zes maanden na de toelating als vluchteling, uitzonderlijk te verlengen, zie B. KUIK, "Artikel 8 E.V.R.M. en het gezinsherenigingsbeleid voor vluchtelingen en andere statushouders", A.A. (Ndl.) 2000, afl. 5, 27) een toelating gezinshereniging heeft aangevraagd en geldig gehuwd is of als minderjarig kind feitelijk tot het gezin behoort. Ook na toelating worden aan de verblijfssituatie van de familieleden ernstige beperkingen gesteld. Zo genieten ze geen gelijke toegang tot de arbeidsmarkt (art. 29, eerste lid, e en f Vw.). Bepaalde auteurs (o.m. P. BOELES) noemen die situatie onhoudbaar. We stellen ons de vraag op welke grond de voorwaarde steunt. De stelling dat de betrokkene nog terecht zou kunnen in het land waarvan hij de nationaliteit heeft, doet afbreuk aan het recht op bescherming van het gezinsleven. Het is daarbij van geen belang of de vluchteling ook een gegronde vrees voor vervolging heeft m.b.t. de Staat waarvan zijn familielid onderdaan is. De toekenning van het vluchtelingenstatuut wijst alvast uit dat de vluchteling met die Staat geen sterke banden heeft.

<sup>185</sup> R. PLENDER, "La convention européenne des droits de l'homme et le demandeur d'asile", in

77. De Raad van Europa heeft de Verdragsstaten er met Resolutie 1327<sup>186</sup> toe aangespoord om in een ruim familieconcept ook de buitenhuwelijkse partner en “elderly, infirm or otherwise dependent relations” in te sluiten, en het recht op gezinshereniging tot hen uit te breiden, “already at the stage of the refugee status determination procedure, which sometimes lasts a very long time”.

De Richtlijn inzake het recht op gezinshereniging heeft de behandeling van buitenhuwelijkse tweerelaties evenwel algemeen overgelaten aan het goedbevinden van de Lidstaten<sup>187</sup>.

## C.2. DE KANDIDAAT-VLUCHTELING

78. De Belgische Vreemdelingenreglementering heeft het slechts terloops over de familieleden van de *kandidaat-vluchteling* en bepaalt dat zij, zonder nader te specificeren wie eronder wordt begrepen, een attest van immatriculatie ontvangen met eenzelfde geldigheidsduur als die van het verblijfsdocument van de kandidaat-vluchteling<sup>188</sup>. We gaan ervan uit dat het de familieleden betreft die worden genoemd in art. 10, 4° Vreemdelingenwet.

79. Hiermee heeft de Belgische wetgever, evenals o.m. de Franse Conseil d'Etat<sup>190</sup>, het stilzwijgen van het Geneefse Verdrag en van de Europese Richtlijn alvast doorbroken<sup>191</sup>. Naar Nederlands recht is vooralsnog niets bepaald en gelden voor de familieleden van kandidaat-vluchtelingen de algemene voorwaarden voor derdelanders (mét o.m. inkomenseis).

Tot voor kort werd ook op Europees vlak, in het licht van het Europese Commissievoorstel van gezinsherenigingsrichtlijn, gewerkt aan de instelling van een beleid inzake gezinshereniging voor de kandidaat-vluchteling. Het voorstel beoogde aanvankelijk hem via een recht op verblijf van een jaar een recht op gezinshereniging te verlenen, zodra zijn asielverzoek ontvankelijk is verklaard.

In zijn definitieve versie van 29 juli 2003 heeft de Richtlijn dat voorstel evenwel

---

R. PLENDER (ed.), *Problèmes soulevés par certains aspects de la situation actuelle des réfugiés sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme*, nr. 9, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1985.

<sup>186</sup> Resolutie 1327 van 24 april 1997 'on the protection and reinforcement of the human rights of refugees and asylum-seekers in Europe' Doc. 7783, report of the Committee on Migration, Refugees and Demography, rapporteur: Mrs Brasseur.

<sup>187</sup> Art. 4.3 Richtlijn.

<sup>188</sup> Aart. 88 Vreemdelingenbesluit; art. 95 tot 97 Vreemdelingenbesluit (opgeheven bij K.B. 22 november 1996, B.S. 6 december 1996).

<sup>190</sup> Zie o.m. Conseil d'Etat fr. 20 juli 1990, *Rev. fr. dr. adm.* 1990, 944, noot PH. TERNEYRE. Hierover meer: M. DENIS-LINTON, “Le maintien de l'unité familiale comme principe général du droit applicable aux réfugiés politiques”, *Rev. fr. dr. adm.* 1995, 86-93.

<sup>191</sup> Zie o.m. voor de Franse rechtsorde:.

niet gehandhaafd. Ze sluit expliciet kandidaat-vluchtelingen uit van het toepassingsgebied. Art. 3.5 Richtlijn laat de Lidstaten evenwel de vrijheid om een regeling te treffen. Het is tevens denkbaar dat om humanitaire redenen spontaan een machtiging tot gezinshereniging wordt verstrekt of dat die gerechtelijk wordt afgedwongen<sup>192</sup>.

**80.** Hereniging wordt in meerdere Staten slechts in behartigenswaardige omstandigheden, op grond van art. 3 E.V.R.M., toegestaan. Het bewijs van dergelijke omstandigheden is evenwel moeilijk te leveren, zolang de asielaanvraag niet is behandeld.

Om die reden moet o.i. worden overwogen om gezinshereniging minstens na een redelijke termijn toe te laten, bv. als de duur van de scheiding onredelijk lang wordt wegens een achterstand in de behandeling van het asielverzoek of wegens de instelling van een beroepsprocedure die niet dilatoire wordt bevonden<sup>193</sup>.

De Belgische Verblijfswet is, zoals gezegd, reeds ruimschoots aan deze bezorgdheid tegemoetgekomen.

### C.3. DE STAATLOZE

**81.** Het Staatlozenverdrag bevat evenmin een regeling inzake gezinshereniging.

**82.** Art. 98 Vreemdelingenbesluit bepaalt dat de staatloze en zijn familieleden zijn onderworpen aan de algemene reglementering. Dit betekent dat een recht op gezinshereniging pas ontstaat, indien de kandidaat-gezinshereniger een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister kan voorleggen<sup>194</sup>. De Vreemdelingenwet voorziet evenwel nog steeds niet in een systematisch recht op verblijf voor staatlozen. Deze vreemdelingen beschikken vaak slechts over een aankomstverklaring die maandelijks wordt verlengd, ook al voorziet art. 98 Vreemdelingenwet in de mogelijkheid om hen tot verblijf voor meer dan drie maanden te machtigen en m.a.w. in te schrijven. De staatloze kan een aanvraag daartoe evenwel niet vanuit België indienen, aangezien de recentste omzendbrief

<sup>192</sup> Zie bv. Tb. adm. Lyon 15 november 1989, *J.C.P.* 1990, IV, 371: de echtgenoot van een kandidaat-vluchteling wordt eveneens tot het verblijf toegelaten. Dienen beide een verzoek in tot erkenning als vluchteling en wordt één van hen geweigerd, dan kan deze reeds worden verwijderd (Cons. d'Et. fr. 28 september 1990, *Rev. fr. dr. adm.* 1990, 1098, noot PH. TERNEYRE), tenzij in humanitaire omstandigheden, bv. als het verzoek van de echtgenote nog in behandeling is en zij zwanger en van zwakke gezondheid is (Cons. d'Et. fr. 20 juli 1990, *Rev. fr. dr. adm.* 1990, 944, noot PH. TERNEYRE).

<sup>193</sup> Zie ook voorstel ILPA, IMMIGRATION LAW PRACTITIONERS' ASSOCIATION, *The Alternative Scoreboard for EU Immigration and Asylum Law: Human Rights and Basic Principles*, Londen, ILPA, 2000, 6. Zie ook Aanbev. 1327 (1997) van 24 april 1997 van de Raad van Europa 'on the protection and reinforcement of the human rights of refugees and asylum-seekers in Europe', <http://stars.coe.fr>: aanbeveling om het beleid inzake gezinshereniging te herbekijken voor personen met een tijdelijk beschermingsstatuut of met een toelating om op humanitaire gronden te verblijven in het Rijk.

<sup>194</sup> Art. 10, 4° Vreemdelingenwet: de voorwaarde van toegelaten of gemachtigd te zijn tot het verblijf.

in dat verband (m.b.t. art. 9 lid 3 Vreemdelingenwet) bepaalt dat een verzoek op die grond moet worden ingediend tijdens het wettig verblijf van de verzoeker.

De Raad van State heeft in 1998 alvast geoordeeld dat de verwijdering van een staatloze, of ruimer: een persoon wiens nationaliteit niet vaststaat, art. 3 E.V.R.M. schendt, als de betrokkene in geen enkele andere Staat terecht kan<sup>195</sup>. Dat laatste komt voor in het merendeel van de gevallen. Er kan bijgevolg niet van de betrokkene worden verwacht dat hij het land verlaat om zijn gezinsleven in het buitenland te gaan voortzetten of vormgeven. We besluiten dan ook tot een schending van art. 8 E.V.R.M. bij weigering van gezinshereniging gedurende een onredelijk lange (wacht)termijn.

Ook naar Nederlands recht is in dit verband vooralsnog geen specifieke regeling getroffen. Daar leidt de huidige situatie nog vaker tot problemen dan in België, aangezien er niet alleen een moeilijk vervulbare documentenvereiste maar ook een middelenvereiste geldt. In dergelijke gevallen kan art. 8 E.V.R.M. (bescherming van het gezinsleven) een uitkomst bieden. Vaak zal de betrokkene deze bescherming evenwel via gerechtelijke weg moeten afdwingen.

De Richtlijn inzake gezinshereniging bij derdelanders sluit staatlozen impliciet uit van de regeling, via de uitsluiting van "personen die een subsidiaire vorm van bescherming genieten". De Lidstaten kunnen m.a.w. vrij de gezinshereniging voor deze groep van vreemdelingen blijven regelen.

#### **C.4. DE KANDIDAAT-STAATLOZE**

**83.** Omtrent de situatie van de persoon wiens verzoek om een erkenning als staatloze nog in behandeling is, is noch naar internationaal en Europees recht, noch naar Belgisch recht een regeling getroffen. Kandidaat-staatlozen genieten in afwachting van de beoordeling van hun verzoek geen tijdelijk verblijfsrecht maar slechts een verlenging van hun aankomstverklaring en kunnen aldus geen beroep doen op de regeling voor derdelanders.

We verwijzen evenwel terug naar de Raad van State-uitspraak van 1998 waaruit

<sup>195</sup> R.v.St. nr. 75.896, 23 september 1998, *T. Vreemd.* 1998, 181: "De Dienst Vreemdelingenzaken heeft t.a.v. buitenlandse autoriteiten nooit een poging ondernomen de eventuele nationaliteit van verzoeker vast te stellen of hem een reistitel en toelating tot een derde land te bezorgen. De Dienst Vreemdelingenzaken is bevelen om het grondgebied te verlaten blijven afleveren hoewel noch verzoeker noch de Dienst zelf in staat waren ze uit te voeren. De Dienst heeft verzoeker gedwongen in clandestiniteit te leven en hem van alle middelen om zelf in zijn behoeften te voorzien beroofd. Het vertrek van verzoeker eisen staat gelijk met hem te veroordelen elders te leven in dezelfde onmenselijke en vernederende omstandigheden die hij vandaag in België reeds ondergaat. Hij heeft geen documenten om in een derde land toegelaten te worden en het risico bestaat dat hij opnieuw wordt uitgezet naar België. Uit het geheel van de feiten blijkt dat de aangevochten akte verzoeker nog maar eens in een illegale situatie in België brengt terwijl de Dienst Vreemdelingenzaken dit weet en dat hij niet op regelmatige wijze naar een ander land kan gaan. Dit maakt een onmenselijke en vernederende behandeling uit in de zin van art. 3 E.V.R.M."

o.i. kan worden afgeleid dat, in een *elsewhere-approach*, weigering van gezinshereniging gedurende een onredelijk lange (wacht)termijn art. 8 E.V.R.M. schendt.

Daarnaast is reeds uitzonderlijk (o.m. door de Gentse rechtbank) in kort geding een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister toegekend aan kandidaat-staatlozen. Deze kunnen vervolgens wél een beroep doen op gezinshereniging, in toepassing van de algemene regeling.

**84.** Naar Nederlands recht is evenmin een regeling getroffen en kan slechts een beroep worden gedaan op humanitaire redenen om gezinshereniging toe te staan.

**85.** De recente Richtlijn sluit ook personen die verzoeken om een subsidiaire vorm van bescherming uit van het toepassingsgebied. Andere internationaalrechtelijke regelgeving bestaat niet in dit verband. De Lidstaten blijven vrij om deze materie te regelen.

## **C.5. VREEMDELINGEN MET EEN BIJZONDER BESCHERMINGSSTATUUT**

**86.** In juli 2001 is met een Richtlijn van de Raad van de E.U.<sup>196</sup> t.b.v. vreemdelingen met een bijzonder beschermingsstatuut voorzien in een bindende regeling die de echtgenoot, de buitenhuwelijkse partner in een duurzame relatie, mits de betreffende Lidstaat niet-gehuwde en gehuwde paren op een vergelijkbare manier behandelt en de minderjarige ongehuwde kinderen van (één van) hen, evenals naaste familieleden die met het gezin samenleefden ten tijde van de gebeurtenissen en die er op dat tijdstip volledig of grotendeels afhankelijk van waren, recht verleent op gezinshereniging indien hij eveneens bescherming behoeft of reeds in een E.U.-Lidstaat tijdelijke bescherming geniet<sup>197</sup>. De

<sup>196</sup> Art. 15.1 a Richtlijn 2001/55/CE van de Raad van 20 juli 2001 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen, *PB. L. 21 2/12* van 7 augustus 2001. Zie ook het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende minimumnormen voor de erkenning en de status van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchtelingen of als personen die anderszins internationale bescherming behoeven, *PB. C. afl. 51, 17* (COM(2001) 510 def. – 2001/207 (CNS)); Advies van het Comité van de Regio's over Immigratiebeleid (o.m. over voornoemd voorstel), *PB. C. 14* november 2002, afl. 278, 44.

<sup>197</sup> Voorheen reeds zijn de Lidstaten bij de Raad van Europa door middel van meerdere Resoluties en Aanbevelingen ertoe aangespoord om gezinshereniging van familieleden van vreemdelingen uit landen in humanitaire crisis te bevorderen: Resolutie 1050 van 10 november 1994 "on Rwanda and the prevention of humanitarian crises", Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, Doc. 7191, report of the Committee on Migration, Refugees and Demography, rapporteur: Mr. Flückiger, <http://www.coe.int>: "invites the member states of the Council of Europe to contribute, financially and/or in kind, alone or through international organisations to the setting up and operation of family reunification networks"; Aanbev. 1151 van 24 april 1991 "on the reception and settlement of refugees in Turkey", Doc. 6267, report of the Committee on Migration, Refugees and Demography, Rapporteur: Mr Eisma: "The Bulgarian refugees are still confronted with numerous problems relating to family

ationale wetgevers dienden hun wetgeving op 31 december 2002 in die zin te hebben aangepast. Dat is in België alvast niet gebeurd. De Richtlijn is o.i. evenwel voldoende duidelijk geformuleerd om rechtstreeks te kunnen worden ingeroepen voor een Belgische rechtbank.

**87.** Het is evenwel de vraag of deze verplichting gehandhaafd zal blijven. Een nieuw Commissievoorstel voor tijdelijke beschermingsstatuten dat nog in behandeling is, beoogt expliciet gezinshereniging uit te sluiten bij personen die een tijdelijk beschermingsstatuut genieten, "as it is felt that the temporary nature of the situation does not allow for the exercise of this right in the same form"<sup>198</sup>. De recente Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander sluit deze vreemdelingen, evenals vreemdelingen die om dergelijk statuut verzoeken, uit van zijn toepassingsgebied.

**88.** In de voormalige<sup>199</sup> Belgische regelingen tot instelling van een tijdelijk beschermingsstatuut die ons bekend zijn, werd niets bepaald omtrent een recht op gezinshereniging. De algemene regeling van art. 10 Vreemdelingenwet geldt m.a.w.: zodra de betrokkenen zijn ingeschreven in het vreemdelingenregister, kunnen ze een verzoek tot gezinshereniging indienen. Over het algemeen worden deze vreemdelingen evenwel beschouwd als onverwijderbaar (verlengbare aankomstverklaring of bevel om grondgebied te verlaten, met niet-terugleidingsclausule). Ze beschikken slechts over de vereiste verblijfstitel als die hen bij omzendbrief (of beter: wettelijke regeling) wordt toegekend<sup>200</sup>. Daarbuiten kunnen de gezinnen slechts worden herenigd als de betreffende familieleden zich zelf als ontheemde aanmelden.

In zoverre het statuut van ontheemde evenwel wordt toegekend aan een persoon die zich kandidaat-vluchteling heeft verklaard, dient o.i. de regeling voor

---

reunification, compensation for the loss of property in Bulgaria and recovery of social security rights"; Recommendation 1404 van 28 april 1999 "on the humanitarian situation of the Kosovo refugees and displaced persons", Doc. 8392, report by the Committee on Migration, Refugees and Demography, rapporteurs: MM. Iwinski en Dingler: "urge the governments of Albania and of "the former Yugoslavian Republic of Macedonia" to facilitate the work of the humanitarian organisations, in particular with regard to family reunification, tracing, registration and humanitarian evacuation"; Resolutie 1327; Aanbeveling 1348 van 7 november 1997 'on the temporary protection of persons forced to flee their country' verzoekt de Lidstaten om "from the very outset of temporary protection, facilitate family reunification for certain vulnerable groups, especially unaccompanied under-age children and, where the stay is substantially prolonged, allow family reunification for spouses, under-age children and other, dependent ascendants of people under temporary protection".

<sup>198</sup> Art. 13 Commissievoorstel 25 mei 2000.

<sup>199</sup> Momenteel is t.a.v. geen enkele bevolkingsgroep een tijdelijk beschermingsstatuut ingesteld. Voorheen gebeurde dat o.m. in de Omz. van 13 juni 1994 t.b.v. Rwandese onderdanen, B.S. 22 juni 1994 (aankomstverklaring voor drie maanden) en Omz. 1 maart 1995 betreffende de herziening van de status van ontheemde, B.S. 28 maart 1995 (voorafgestaan door een regeling waarbij ontheemden uit het voormalige Joegoslavië een verlengbare aankomstverklaring werd afgeleverd. Vanaf maart 1995 konden Kosovaren en Bosniërs zich voorlopig (met name voor zes maanden) laten inschrijven in het vreemdelingenregister. Door de Omz. van 27 oktober 1997, B.S. 18 november 1997, werden vele Bosnische ontheemden definitief geregulariseerd).

<sup>200</sup> Zoals bv. de Omz. van 1 maart 1995, i.t.t. de Omz. van 13 juni 1994.



kandidaat-vluchtelingen te gelden, ook al wordt het asielverzoek voor de duur van het ontheemdenstatuut opgeschort. Gezinshereniging is op dat moment mogelijk vanaf de tijdige indiening van het asielverzoek (*cf. supra*).

## D. HET EU-RECHT<sup>201</sup> EN HET RECHT OP GEZINSHERENIGING

*"The respect for family life set out in article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms... is one of the fundamental rights which, according to the Court's settled case law... are recognized by community law"*<sup>203</sup>

*"Of course, the European Court has to operate within a binding normative framework of rules and principles. But, like similar high jurisdictions, it also plays a role in shaping and developing the binding normative framework within which it operates"*<sup>204</sup>

89. Het ligt niet in de bedoeling van deze titel een exhaustieve beschrijving<sup>205</sup> te geven van de finesses van het gezinsherenigingsrecht die zijn gegroeid uit meerdere dwingende Europeesrechtelijke bepalingen<sup>206</sup> en hun grond vinden in

<sup>201</sup> Enkele uitgebreide overzichten over vrij verkeer en non-discriminatie binnen de E.U.: E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE en A. WEYEMBERGH (eds.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Brussel, Bruylant, 1999, 256 p.; P. DOLLAT, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne: enjeux et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1998, 560 p.; D. MARTIN en E. GUILD, *Free movement of persons in the European Union*, Londen, Butterworths, 1996, 416 p.; S. HALL, *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 214 p.; J. MEEUSEN, *Recht van de Europese Unie, deel 2: vrij verkeer*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, 2002, 298 p.; H. STAPLES, *The legal status of third country nationals resident in the European Union*, Den Haag/Londen/Boston, Kluwer Law International, 1999, 418 p.

<sup>203</sup> H.v.J. nr. 249/86, Commissie t. Duitsland, *Jur. H.v.J.* 1989, 1263, §10; H.v.J., arrest-Rutili, nr. 36/75, *Jur. H.v.J.* 1975, 1219, § 32. Zie hierover o.m. N.A. NEUWAHL, "The Treaty on European Union: a step forward in the protection of human rights?", in N.A. NEUWAHL en A. ROSAS (eds), *The European Union and Human Rights*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1995, 1-22. Deze afdwingbaarheid in het EG-recht is van praktisch belang voor voornamelijk die Europese Lidstaten die de bepalingen van het E.V.R.M. geen rechtstreekse werking in de interne rechtsorde hebben verleend.

<sup>204</sup> J.H.H. WEILER, "Thou shalt Not Oppress a Stranger: on the judicial protection of the Human Rights of non-EC-nationals – A critique", *E.J.I.L.* 1992, 69.

<sup>205</sup> Zie hiervoor o.m.: R. CHOLEWINSKI, "The protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe", *I.C.L.Q.* 1994, 568; O. DE SCHUTTER, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 531-553; meer algemeen over het vrije verkeer van personen en de beperkingen die daarop kunnen worden gesteld: J. HANDOLL, *Free movement of persons in the EU*, Chichester, John Wiley & Sons, 1995, 726 p.

<sup>206</sup> Waaronder Richtl. 90/364 betreffende het verblijfsrecht en Richtl. 90/365 betreffende het verblijfsrecht van werknemers en zelfstandigen die hun beroepswerkzaamheid hebben beëindigd van 28 juni 1990, *P.B. L.* 180, 13 juli 1990; Richtl. 93/96 van de Raad van 29 oktober 1993 inzake het verblijfsrecht voor studenten, *P.B. L.* 317, 18 december 1993; art. 12 regl. 1612/68 van 15 oktober 1968 (met dit reglement werd het fundamentele recht op gezinshereniging voor het eerst erkend t.b.v. de onderdanen van de Lidstaten: H. LABAYLE, "Le libre circulation des personnes en Europe, de Schengen à Amsterdam", in UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Les nouveaux droits de l'homme en Europe, XIe congrès*, 29, 30, 31 mai 1997, Brussel, Bruylant, 1999, 31; H. LABAYLE, "Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes", *R.F.D.A. (Fr.)* 1993, 511; Richtl. 68/360 van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de

het fundamentele recht op vrij verkeer van personen<sup>207</sup>.

We beogen slechts kort stil te staan bij de meerdere vormen van verschillende behandeling die op het vlak van gezinshereniging<sup>208</sup> door het E.U.-recht zijn ingesteld. Zij vormen mee een verklaring voor de hierna aangehaalde verschillen in behandeling op Belgisch niveau, d.m.v. de beginselen van 'vrij verkeer' en de koppeling eraan van een vereiste van economische draagkracht<sup>209</sup>, maar doen dat slechts beperkt. De Belgische regeling inzake gezinshereniging zal blijken te steunen op beginselen die niet worden opgelegd door het internationaal recht. In het vervolg van het onderzoek zullen we meermaals naar de Europese regeling verwijzen en naar de omzetting ervan in nationaal recht door enkele van onze buurlanden. De vergelijking van de Europeesrechtelijke invulling van het recht op vrij verkeer en de invulling die er naar Belgisch recht aan is gegeven, zal toelaten om bepaalde verstrengingen voor te stellen, o.m. in het licht van onze bespreking van de strijd tegen schijnhuwelijken. Een van die voorstellen wordt hieronder reeds geformuleerd: een latere verwerving van een zelfstandig verblijfsrecht zou vermoedelijk het aantal schijnhuwelijken reduceren.

We staan m.a.w. stil bij het E.U.-recht om in het Belgische verblijfsrecht internationaal verplichte bepalingen te onderscheiden van 'op eigen initiatief' door de wetgever ingelaste regels. Het feit dat deze laatste ruim vertegenwoordigd zijn en niet zelden de gezinshereniging bevorderen, geeft alvast aan dat de Belgische regelgeving niet restrictief is opgevat, althans niet wat vermogende E.U.-onderdanen en hun familieleden betreft.

---

werknemers der Lidstaten en van hun familie binnen de Gemeenschap, *PB. L.* 257, 13; Regl. commissie 29 juni 1970 recht werknemers om te verblijven; Richt. 73/148 van 21 mei 1973 en 74/34 van 17 december 1974 m.b.t. zelfstandigen, dienstverleners en dienstontvangers; aanbeveling Raad E.G. van 21 mei 1973 (het Hof van Justitie leidde uit deze bepaling reeds een recht op gezinshereniging af voor toeristen, Unieburgers die medische zorgen genieten, op studiereis of zakenreis zijn: H.v.J. 31 januari 1984, *Luisi en Carbone*, nrs. 286/82 en 26/83, *Jur. H.v.J.*, 377).

<sup>207</sup> Door het Hof van Justitie een fundamentele vrijheid genoemd (H.v.J. nr. 222/86, *Unectef t. Georges Heylens*, *Jur. H.v.J.* 1987, 4097, 4117). Zie ook overweging 6 van Richtl. 90/365 van 28 juni 1990; Richtl. 68/360 van 15 oktober 1968 en Richtl. 64/221 van 25 februari 1964.

<sup>208</sup> In maart 1994 heeft de Europese Commissie het onderscheid tussen het beleid inzake vrij verkeer en het integratiebeleid, dat zonder onderscheid open staat voor elke migrant, bevestigd: "such distinctions cannot apply to education policy, the struggle against social exclusion and for equal opportunities. Indeed, ever since the Action Programme for Education of 9 February 1976 it has been clear for the Community that all measures to promote the education of migrant children will include the children of nationals of other member states and the children of third country nationals": Report on the Education of Migrants' Children, COM (94)80, 25 maart 1994; zie ook resolutie Ministers van onderwijs van de Raad, 14 december 1989, *PB. C.* 1990, afl. 27.

<sup>209</sup> E.U.-onderdanen met onvoldoende economische draagkracht genieten geen recht op vrij verkeer. E.U.-onderdanen worden hierdoor onderling verschillend behandeld op het vlak van verblijfsrecht.

## D.1. EEN ONGELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN NATIONALITEIT

*"Nationality as referent for interpersonal relations, and the human alienating effect of Us en Them are brought back again, simply transferred from their previous intra-Community context to the new inter-Community one. We have made little progress if the Us becomes European (instead of German or French or British) and the Them becomes those outside the Community"*<sup>210</sup>

### D.1.A. DE REGELING IS OVERWEGEND BEPERKT TOT FAMILIELEDEN VAN BEVOORRECHTE EER-ONDERDANEN

**90.** Een eerste grond tot verschillende behandeling vormt de nationaliteit van de gezinshereniger. De economisch<sup>211</sup> actieve EU-vreemdelingen en gelijkgestelden<sup>212</sup> genieten een voordeligere behandeling dan een aantal andere categorieën van EU-vreemdelingen en gelijkgestelden.

De regeling inzake gezinshereniging heeft overigens slechts betrekking op EER-onderdanen die actief gebruik maken van hun recht op vrij verkeer<sup>213</sup>. Slechts zij

<sup>210</sup> J.H.H. WEILER, "Thou shalt Not Oppress a Stranger: on the judicial protection of the Human Rights of non-EC-nationals – A critique", *E.J.I.L.* 1992, 68.

<sup>211</sup> *I.e.* werkend tegen betaling: H.v.J. 3 juli 1986, arrest-Lawrie-Blum, nr. 66/85, *Jur. H.v.J.* 1986, III, 2121, § 22.

<sup>212</sup> EER-onderdanen (IJsland, Noorwegen en Liechtenstein) en derdelanders die familielid zijn van een EU- of EER-onderdaan of Belg. Het EER-verdrag, gesloten met de EU op 2 mei 1992, *P.B. L.* van 3 januari 1994, 3, stelt vrij verkeer van personen in, in het kader van de nagestreefde bevordering van evenwichtige economische en handelsverhoudingen, onder gelijke concurrentiële voorwaarden. Deze stap moet een toetreding van de betreffende landen tot de Europese Unie voorafgaan. Elke discriminatie op grond van nationaliteit wordt in toepassing van art. 4 van het Verdrag verboden. T.a.v. familieleden van EER-onderdanen bepaalt art. 4, lid 4 van Richtlijn 68/360 van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der Lidstaten en van hun familie binnen de Gemeenschap, *P.B. L.* 257, 3: "Wanneer een familielid niet de nationaliteit van een Lidstaat bezit, ontvangt hij een verblijfsdocument dat dezelfde geldigheid heeft als het document, afgegeven aan de werknemer van wie hij afhankelijk is".

<sup>213</sup> In andere gevallen is de situatie immers strikt intern: H.v.J. 14 juli 1994, nr. C-379/92, Strafzaak t. P. Peralta, *Jur. H.v.J.* 1994, I-3453, §27; K. LENAERTS, "L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples", *Cah. Dr. eur.* 1991, 17; K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1999, nr. 140; M. TRAEST, *De verhouding van de Europese Gemeenschap tot de Conferentie van Den Haag voor het Internationaal Privaatrecht. Een vergelijkende analyse van hun wederzijdse beïnvloeding, interferentie en hun bijdrager tot de integratie van het internationaal privaatrecht*, Gent, R.U. Gent, 2002, 439; O. DE SCHUTTER, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 545. Zie evenwel H.v.J., 27 oktober 1982, arrest-E. Morson en S. Jhanjan, nr. 35 en 36/82, *Jur. H.v.J.* 1982, 3736, §18: "Community law does not prohibit a Member State from refusing to allow a relative (...) of a worker employed within the territory of that member State who has never exercised the right to freedom of movement within the Community to enter or reside within its territory if the worker has the nationality of that State and the relative the nationality of a non-member country". Heeft een Unie-onderdaan zelf nooit (Er wordt aangenomen dat het recht blijft gelden na afloop van de uitoefening van het recht op vrij verkeer, wanneer de werknemer naar zijn land van oorsprong terugkeert, omdat 'dat recht de uitoefening van het vrije verkeer zou stimuleren': H.v.J. 7 juli 1992, arrest-Singh, nr. C-370/90, *Jur. H.v.J.* 1992, I-4265, pt. 21. De familieleden hebben het recht de voormalige werknemer te volgen. Deze terugkeer wordt niet als een strikt interne situatie beschouwd) gebruik gemaakt van het vrije verkeer van personen, dan heeft hij geen band

kunnen zich op dat recht beroepen om hun gezinsleden te laten overkomen onder voorwaarden die soepeler zijn bepaald dan die binnen de nationale verblijfsregeling voor derdelanders en hun familieleden.

Andere EER-onderdanen kunnen geen beroep doen op het E.U.-recht en zijn onderhevig aan de verblijfsbepalingen van het nationale recht van de Staat waar ze gezinshereniging beogen, *i.e.* hun vaderland.

**91.** Op de bijeenkomst van Tampere werd een opheffing op Europees vlak van deze ongelijke behandeling in het vooruitzicht gesteld. Nog niet alle Lidstaten bieden hun onderdanen immers een even voordelige gezinsherenigingsregeling aan als EU-onderdanen, getuige o.m. de Nederlandse regeling<sup>214</sup>. Het Belgische recht doet dat wel via de gelijkstelling van beide situaties in art. 41 Vreemdelingenwet<sup>215</sup>.

---

met de Europese rechtsorde en wordt een verzoek tot gezinshereniging als een strikt internrechtelijke kwestie behandeld. Dit houdt in dat naar Europees recht derdelanders-familieleden van bv. een Belg die steeds in België heeft verbleven, i.t.t. die van bv. een in België verblijvende Italiaan, geen recht op gezinshereniging genieten onder de bevoorrechte condities van EU-burgers: H.v.J., arrest-Morson en Jhanjan, §16 en 17; H.v.J. 9 oktober 1986, arrest-Zaoui, nr. 147/87, *Jur. H.v.J.* 1987, 5511; H.v.J. 18 oktober 1990, arrest-Dzodzi, nr. C-297/88 en C-197/89, *Jur. H.v.J.* 1990, 3763, § 23; H.v.J. 18 juni 1991, arrest-E.R.T., nr. C-260/89, *Jur. H.v.J.* 1991, I-2925, § 42; H.v.J. 22 september 1992, arrest-Petit, nr. C-153/91, *Jur. H.v.J.* 1992, I-4973, § 8; H.v.J. 16 december 1992, arrest-Koua Poirrez, C-206/91, *Jur. H.v.J.* 1992, I-6685, § 13 (zie ook Concl. Adv.-gen. VAN GERVEN, I-6696-6700); H.v.J. 5 juni 1997, arrest-Uecker en Jacquet, nr. C-64/96 en 65/96, *Jur. H.v.J.* 1997, I-3171, pt. 24. Over het antwoord van de Belgische wetgever: L. WALLEYN, "Le conjoint d'un belge assimilé à un étranger CEE et le regroupement familial", *Rev. dr. étr.* 1988, 146-149.

Kritiek hierop: o.m. T. HERVEY, "A gendered perspective on the right to family life in European Community Law", in N.A. NEUWAHL en A. ROSAS (ed.), *The European Union and Human Rights*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1995, 224; EC Migrants Forum (Brussel) Information and Proposals to the Ad Hoc Immigration group, SCORE News (Standing Conference on Racial Equality in Europe), 1994; E.M. SZYSZCZAK, "Race Discrimination: The Limits of Market Equality", in E.M. SZYSZCZAK en B. HEPPEL (ed.), *Discrimination: The Limits of Law*, Londen, Mansell, 1992, 125-147; J.H.H. WEILER, "Thou shalt Not Oppress a Stranger: on the judicial protection of the Human Rights of non-EC-nationals – A critique", *E.J.I.L.* 1992, 65-91; EMMERT, "The family policy of the European community", in K. WAALDIJK en A. CLAPHAM, *Homosexuality: a European community issue. Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*, Dordrecht/Boston/Londen, Martinus Nijhoff, 1993, 365-394. K. SCHEIWE, "EC Law's Unequal Treatment of the Family: The Case Law of the European Court of Justice on Rules Prohibiting Discrimination on Grounds of Sex and Nationality", *Social and Legal Studies* 1994, 253, vergelijkt de kunstmatige scheiding van familierecht en arbeidsrecht met "an ideological position which is very close to the false but powerful distinction between the 'public' and the 'private' sphere, claiming that an intervention into the 'private sphere' would not be legitimized by EC law".

<sup>214</sup> Tot de Vreemdelingenwet 2000 genoten familieleden van een Nederlander, vluchteling en staatloze wél voordelen op het vlak van de middelenvereiste. Ook deze regel is evenwel afgeschaft. De betrokkenen worden volledig gelijkgesteld met derdelanders. EU-onderdanen zijn daarentegen vrijgesteld van enige middelenvereiste. Ze genieten voor een ruimer aantal gezinsleden gezinshereniging. De vereiste inzake geldige binnenkomstdocumenten wordt soepeler toegepast. Hetzelfde geldt voor de notie 'openbare orde'. Over de vraag of de ongelijke behandeling van gezinsleden van Nederlanders discriminatoir is: P. BOELES, "Nederland en toekomstig Europees gezinsherenigingsrecht", *MR* 2000, 1985-186.

<sup>215</sup> I.t.t. o.m. het Nederlandse recht. Hierover: V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een twee-sporenbeleid", *Nemesis* 2002, 80-81.

**92.** De Richtlijn in voorbereiding inzake gezinshereniging bij Unieburgers<sup>216</sup> is in zijn huidige versie evenwel elke bindende verwijzing naar die doelstelling verloren. De inleidende overwegingen lijken er nog naar te verwijzen<sup>217</sup>. Het toepassingsgebied van het Voorstel van Richtlijn beperkt zich voortaan evenwel tot “de Unieburger die zich begeeft naar of verblijft in een andere Lidstaat van de Unie dan die waarvan hij de nationaliteit bezit, evenals zijn familieleden”.

**93.** Vindt gezinshereniging plaats van een EER-onderdaan bij een EER-onderdaan, dan zal het familielid vaak op zelfstandige grond tot het verblijf worden toegelaten. Het gezinsherenigingsrecht zal niet moeten worden aangewend. Hij kan zelf een beroep doen op zijn recht op vrij verkeer. Slechts EER-onderdanen die niet economisch actief zijn en die niet beschikken over voldoende bestaansmiddelen en een ziekteverzekering<sup>218</sup>, en daardoor geen verblijfsrecht genieten ingevolge één van de Europese richtlijnen<sup>219</sup>, vallen onder de regeling.

De begunstigden van de regeling van het E.U.-recht zijn dan ook hoofdzakelijk derdelanders die familielid zijn van een EER-onderdaan.

**94.** Derdelanders die geen enkele voorafbestaande band hebben met de Europese rechtsorde worden vooralsnog door het E.U.-recht grotendeels genegeerd<sup>220</sup>. Slechts in het licht van enkele associatieakkoorden is een beleid

<sup>216</sup> Voorstel van Richtlijn betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven. De meest recente versie van het voorstel dateert van 15 april 2003 (COM(2003) 199 definitief, 2001/0111 (COD)). De Richtlijn zou de Resolutie ‘on the harmonization of national policies on family reunification’ van de Ad hoc groep immigratie, Kopenhagen, 1 juni 1993 (SN 2828/1/93 WGI 1497.REV 1), vervangen (over de ontstaansgeschiedenis hiervan en de argumentering dat het oorspronkelijke ontwerp (en naar analogie ook de latere resolutie zelf) geen harmonisatie bewerkstelligde: X., *Commentary on the Draft conclusions of the European Ministers responsible for Immigration Affairs meeting in London on 30.11.1992 and the not yet adopted Resolution concerning Family Reunification, Utrecht*, The Standing Committee of Experts in International Immigration, Refugee and Criminal Law, Utrecht, 1993, 33-42). Het voorstel is evenwel reeds door meerdere Lidstaten (o.m. op de vergadering van de Commissie Justitie en Binnenlandse Zaken in Brussel, op 29 mei 2000; voordien reeds op individuele basis door Duitsland en Oostenrijk, die een strengere migratiepolitiek voeren) negatief onthaald, omdat het de nationale soevereiniteit inzake immigratiebeleid te zeer inperkt: *Migration News Sheet*, december 1999 en juni 2000, 1.

<sup>217</sup> Zie toelichting punt 1.1, dat het basisconcept van de Richtlijn als volgt omschrijft: “voor het verkeer en verblijf van de burgers van de Unie in de lidstaten moeten *mutatis mutandis* dezelfde voorwaarden gelden als voor de burgers van een lidstaat die zich binnen hun eigen land verplaatsen en van woonplaats veranderen”. Zie ook overweging 19 in gelijkaardige zin.

<sup>218</sup> Beide om te voorkomen dat zehij ten laste komt van de bijstandsregeling van het gastland. In deze zin m.b.t. derdelanders: art. 18 Voorstel ad hoc Comité Immigratie, 1993, *l.c.*: “to avoid a burden being placed on the public funds of the Member State concerned”.

<sup>219</sup> Cf. *supra* (onder randnr's 88-89) voor een opsomming van de richtlijnen. A.F. BOLLY, “Droit d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires: développements récents”, *Act. Dr.* 1991, 735-748; P. VAN NUFFEL, “Recht op gezinshereniging voor burgers van de Europese Unie en voor Belgen”, *T. Vreemd.* 1995, 21-24.

<sup>220</sup> Zoals we reeds in de tweede toegangspoort aangaven, geldt het vrije verkeer slechts voor

inzake gezinshereniging uitgewerkt voor familieleden van onderdanen van de betrokken derde landen.

#### D.1.B. UITZONDERING: DE ASSOCIATIEVERDRAGEN MET DERDE LANDEN

**95.** In het kader van haar uitbreidingsplannen is de Europese Unie bij wijze van eerste stap associatieverdragen aangegaan met enkele derde Staten<sup>221</sup>. Uit de rechtstreekse werking<sup>222</sup> van deze associatieverdragen kan redelijkerwijze een onvoorwaardelijk recht op verblijf voor de onderdanen van de betrokken Staten worden afgeleid, in samenlezing met art. 10 Vreemdelingenwet<sup>223</sup>. We kunnen ons niet vinden in de bepaling bij omzendbrief van 22 december 1999 dat het verblijf slechts steunt op art. 9 en 13 Vreemdelingenwet<sup>224</sup>.

---

Unieburgers. "Het verbod op discriminatie geldt ook voor onderdanen van derdelanden, maar is niet van toepassing op verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en laat de bepalingen inzake inreis en verblijf en toegang tot het arbeidsproces en tot een beroep van onderdanen van derde landen onverlet": Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *P.B.L.* 180/22, 19 juli 2000, preambule. Over de soevereiniteit en haar relatieve begrenzing door o.m. niet-discriminatiebeginselen (art. 8 Verdrag van Rome en art. 14 E.V.R.M.) en Europese bepalingen in de materie: M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun, La librairie du XXe siècle*, Paris, Seuil, 1994, 230.

<sup>221</sup> Bedoeld worden de verdragen inzake verblijfsrecht voor zelfstandigen van de EU met Cyprus en Malta in 1970, met Polen en Hongarije van 16 december 1991, met Bulgarije en Roemenië van 8 maart 1993, met Tsjechië en Slowakije van 4 oktober 1993. Ook met de ACP-landen en met Tunesië sloot de EU in resp. 1989 en 1995 een samenwerkingsverdrag; Verdrag van Lomé van 15 december 1989, *P.B. L.* 229/3, 17 augustus 1991: H. STAPLES, *l.c.*, 239-269.

<sup>222</sup> R.v.St. nr. 52.631, 3 april 1997, *T. Vreemd.* 1995, 150 (m.b.t. het EG-Verdrag met Polen); R.v.St. nr. 56.585, 4 december 1995, *T. Vreemd.* 1996, 150, noot G. DE MOFFARTS. Zie ook Omzendbrief van 22 december 1999 betreffende de verblijfsvoorwaarden voor bepaalde onderdanen van Centraal- en Oost-Europa die een economische activiteit anders dan in loondienst wensen uit te oefenen in het Rijk of er een vennootschap wensen op te richten, *B.S.* 4 februari 2002 (m.b.t. de associatieovereenkomsten tussen de Europese Unie en de Peco-landen: Polen, Hongarije, Roemenië, Bulgarije, Slowakije, Tsjechië, Estland, Letland en Litouwen - Verdragen van 16 december 1991, *P.B. L.* van 31 december 1993, van 12 juni 1995, *P.B.L.* van 2 februari, 20 februari en 9 maart 1998, en van 10 juni 1996, *P.B.L.* van 26 februari 1999). In dezelfde zin: H.v.J. 27 september 2001, zaken C-63/99, C-257/99 en 235/99, *www.europa.eu.int*.

<sup>223</sup> Dit werd bevestigd door de Dienst Vreemdelingenzaken.

<sup>224</sup> Overweging C.2. Omz. van 22 december 1999 betreffende de verblijfsvoorwaarden voor bepaalde onderdanen van Centraal- en Oost-Europa die een economische activiteit anders dan in loondienst wensen uit te oefenen in het Rijk of er een vennootschap wensen op te richten, *B.S.* 4 februari 2000, bepaalt dat het recht op toelating en het recht op verblijf, als uitvloeisel van het recht op vestiging, zoals bepaald in de associatieovereenkomsten, niet absoluut zijn en dat de uitoefening ervan in voorkomend geval door de regels van de lidstaat van ontvangst betreffende toelating, verblijf en vestiging van PECO-onderdanen kan worden beperkt. De associatieovereenkomsten verzetten zich in beginsel niet tegen een stelsel van voorafgaande controle, dat de verlening van een inreis- en verblijfsvergunning door de ter zake van immigratie bevoegde autoriteiten bv. afhankelijk stelt van het bewijs door de aanvrager, dat hij werkelijk voornemens is een werkzaamheid als zelfstandige te beginnen, zonder tegelijkertijd arbeid in loondienst te verrichten of een beroep op openbare middelen te doen, en dat hij van meet af aan over voldoende financiële middelen voor de uitoefening van de betrokken zelfstandige activiteit beschikte en een redelijke kans van slagen heeft. Aan de betrokkenen wordt een machtiging tot voorlopig verblijf verleend op grond van de artikelen 9 en 13 Vreemdelingenwet, met een geldigheidsduur van zes maanden. "Dit systeem laat toe om een einde te stellen aan het verblijf van de vreemdeling indien hij binnen de gestelde termijn van zes maanden niet de nodige

96. Een recht op gezinshereniging voor de familieleden is evenwel niet expliciet in de akkoorden opgenomen. De vraag is vervolgens of een dergelijk recht impliciet uit de bepalingen, of uit de geest van de akkoorden kan worden afgeleid. De associatieovereenkomst van de EU met Turkije<sup>225</sup> en de aanvullende besluiten<sup>226</sup> wekken de indruk dat de materie van de gezinshereniging aan de vrije beoordeling van de Lidstaten wordt overgelaten<sup>227</sup>.

97. De Europese Commissie heeft evenwel uit de overeenkomst een *standstill clause* afgeleid, evenals een afdwingbaar recht op gezinshereniging, dat ingaat ten laatste na een jaar tewerkstelling<sup>228</sup>.

Een recht op gezinshereniging is ook o.i. een essentieel onderdeel van een associatieakkoord dat een recht op vrij verkeer van werknemers of een recht op

---

formaliteiten vervuld heeft om als zelfstandige aan de slag te kunnen gaan, zoals bijvoorbeeld de inschrijving in het handels- of ambachtsregister en de inschrijving als BTW-belastingplichtige. Het verdere verblijf in het Rijk wordt juridisch gezien eveneens georganiseerd als een tijdelijk verblijf, dat afhankelijk gemaakt wordt van het vervullen van de basisvoorwaarde, namelijk het uitoefenen van zelfstandige activiteiten. Als blijkt dat aan de basisvoorwaarde voldaan wordt, zal het B.I.V.R. telkens met een jaar verlengd worden". Zie evenwel voor de bedenking dat een lage productiviteit niet aan de grondslag kan liggen van een weigering van voortgezet verblijf, zolang de activiteit 'genuine and effective' en 'marginal and ancillary' is, dat een paspoort moet volstaan voor de binnenkomst, meer nog dat het niet voldoen aan de binnenkomstvereisten niet tot weigering van het verblijf aanleiding mag geven, dat de voorwaarde van voldoende kapitaal niet steeds is gerechtvaardigd (bv. bij activiteiten die geen startkapitaal nodig hebben, zoals free lance vertaalwerk), evenmin als de voorwaarde dat de betrokkene zichzelf en al wie hem volgt moet kunnen blijven onderhouden, door inkomsten of eigen middelen. Sociale steun of huisvesting moet toegankelijk worden na verloop van tijd: E. GUILD, *A guide to the right of establishment under the Europe Agreements*, Londen, Baileys Shaw & Gillett, 1996, 7-9, 28, 30 en 42 (H.v.J. nr. 53/81, arrest-Levin, Arr. H.v.J. 1982, 1035), bij analogie van H.v.J., nr. 344/87, arrest-Betray, Arr. H.v.J. 1989, 1621) Zolang geen uitvoeringsbepalingen voor de verdragen zijn voorzien, kan art. 3 Richtl. 73/1481 (m.b.t. het gelijkaardige art. 52 EG-Verdrag) voorlopig als richtlijn dienst doen. Recht op gezinshereniging volgt niet expliciet uit de overeenkomsten, maar wel uit een analoge toepassing van art. 48 en 52 EG-Verdrag: vrij verkeer is pas gewaarborgd als de familie kan volgen: E. GUILD, *l.c.*, 25.

<sup>225</sup> Overeenkomst van Ankara van 12 september 1963, PB. L. 29 december 1963, goedgekeurd bij wet van 15 juli 1964, B.S. 8 december 1964. Aangevuld met een protocol tot instelling van een stand-still-clausule: bij EEG-Verordening 2760/72 van de Raad van 19 december 1972, goedgekeurd bij wet van 18 augustus 1972, B.S. 31 januari 1973.

<sup>226</sup> Besluit nr. 2/76 en 1/80, met stand-still-clausule in resp. art. 7 en 13: "de Lidstaten van de gemeenschap mogen geen nieuwe beperkingen invoeren met betrekking tot de toegang tot de werkgelegenheid van werknemers en hun gezinsleden wier verblijf en arbeid op hun onderscheiden gebieden legaal zijn".

<sup>227</sup> O. DE SCHUTTER, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 542-543, met verwijzing naar het arrest-Sevince (H.v.J. 20 september 1990, C-192/89, *Jur. H.v.J.* 1990, 3461) (rechtstreekse werking Associatieverdrag), het arrest-Kus (H.v.J. 16 december 1992, C-237/91, *T. Vreemd.* 1993, 82, noot H. VERSCHUEREN (hernieuwing arbeidskaart, ook als de verblijfstitel initieel was uitgereikt in het kader van een voorgenomen huwelijk en dat huwelijk bij de aanvraag tot hernieuwing reeds was ontbonden) en H.v.J., arrest-Eroglu, 5 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1995, 45, noot.

<sup>228</sup> Europese Commissie, Advies aan de Raad van de EG, COM (76) 180 def van 28 april 1976, § 19 en 31, *weergeg.* in G. DE MOFFARTS, "Gelden 'nieuwe beperkingen' op het vrij verkeer van werknemers, de vrije vestiging (als zelfstandige) en de gezinshereniging ook voor Grieken en Turken?", *T. Vreemd.* 1983, 148.

vrije vestiging instelt<sup>229</sup>.

**98.** Opdat we zouden kunnen besluiten tot een afdwingbaar recht op gezinshereniging, is vereist dat we kunnen aannemen dat het akkoord directe werking in de interne rechtsorde heeft.

In het kader van het arrest-Van Gend en Loos<sup>230</sup> werd algemeen aangenomen dat *standstill*clausules directe werking hebben<sup>231</sup>. Het Hof van Justitie heeft dat in het arrest-Demirel evenwel weerlegd voor wat betreft het Turkse associatieakkoord.

Uit het recht op arbeid kan weliswaar een recht op verblijf voor de werknemer worden afgeleid<sup>232</sup>. Een Turkse werknemer die gedurende een jaar legale arbeid verricht in een Lidstaat, geniet een voortgezette toegang tot de arbeidsmarkt, met name een recht op verlenging van de arbeidsvergunning voor dezelfde werkgever<sup>233</sup>. Dat laatste geeft hem recht op voortgezet verblijf<sup>234</sup>. Een recht op gezinshereniging kan evenwel, bij gebrek aan een expliciete regeling, niet uit het akkoord worden geput.

Vooralsnog heeft het Hof van Justitie slechts besloten tot een recht op voortgezet verblijf ten behoeve van familieleden die voorheen reeds tot het verblijf waren gemachtigd, vanaf het ogenblik dat ze een onbeperkt recht op toegang tot de arbeidsmarkt genieten<sup>235</sup>. Dit recht geldt ook voor familieleden die het land oorspronkelijk op een andere grond zijn binnengekomen. Zij genieten na verloop van tijd recht op voortgezet verblijf op grond van de familieband. Aldus genieten ze slechts bescherming van hun gezinsleven, mits dat reeds vorm heeft gekregen in de betrokken Staat. Een rechtstreeks recht op gezinshereniging is vooralsnog niet aangenomen.

**99.** Met de stelling in het arrest-Demirel<sup>236</sup> dat op de Lidstaten geen afdwingbare *standstill*verplichting rust, heeft het Hof van Justitie de soevereiniteit van de Lidstaten inzake de machtiging tot gezinshereniging bevestigd.

<sup>229</sup> Zie ook G. DE MOFFARTS, *I.c.*, 149.

<sup>230</sup> H.v.J., arrest-Van Gend en Loos, 5 februari 1963, *Jur. H.v.J.* 1963, IX, 22.

<sup>231</sup> G. DE MOFFARTS, *I.c.*, 149.

<sup>232</sup> H.v. J. 16 december 1992, arrest-Kus; H.v.J., 20 september 1990, arrest-Sevince, *Jur. H.v.J.* 1990, I-3461.

<sup>233</sup> Dit volgt uit Besluit Associatieraad nr. 1/80 van 19 september 1980.

<sup>234</sup> H.v.J., 20 september 1990, arrest-Sevince, *Jur. H.v.J.* 1990, I-3461; H.v.J., arrest-Eroglu, 5 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1995, 45, noot.

<sup>235</sup> H.v.J., arrest-Eroglu, 5 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1995, 45, noot. Zie ook H. VERSCHUEREN, "Het recht op gezinshereniging in de bilaterale tewerkstellingsovereenkomsten gesloten door België en de verdragen met derde landen gesloten door de EG", *T. Vreemd.* 1995, 18.

<sup>236</sup> H.v.J., nr. 12/86, 30 september 1987, arrest-Demirel, *Jur. H.v.J.* 1987, 3719: de associatieakkoorden "form an integral part of the Community legal system". *In casu* werd evenwel gezinshereniging van een Turkse vrouw met haar man, op grond van de associatieovereenkomst tussen Turkije en de EU geweigerd, omdat noch die overeenkomst noch het protocol een recht op gezinshereniging instellen. Art. 8 E.V.R.M. kon niet voor het Hof van Justitie worden ingeroepen, aangezien de materie strikt internrechtelijk werd bevonden.



**100.** We hebben reeds aangegeven dat de beoordelingsbevoegdheid nochtans niet absoluut is, maar onderworpen aan de eerbiediging van de mensenrechten.

Het Hof acht zich weliswaar niet bevoegd om de verenigbaarheid met fundamentele rechten te toetsen van een nationaal beleid in een materie die niet tot het gemeenschapsdomein kan worden gerekend<sup>237</sup>. In het kader van een associatie-akkoord kan evenwel de vraag rijzen of de nationale wetgever door zijn handelen, ook al betreft het een soevereine materie, niet indirect het welslagen van de gemeenschapsdoelstellingen verhindert. Zoals we reeds aangaven: gaat de EU een akkoord aan om het vrije verkeer uit te breiden en is voorheen reeds gebleken dat in dat licht noodzakelijkerwijze ook verblijfsbepalingen worden uitgewerkt, dan moet worden aanvaard dat het Europese recht zich inlaat met het uittekenen van een aantal minimumnormen inzake verblijf. De mate waarin de EU zich in een concreet geval met de toekenning van een recht op verblijf kan inlaten, moet worden afgewogen tegen de doelstellingen van de hoofdregeling in het licht waarvan die toekenningen gebeuren<sup>238</sup>. Op die gronden besluiten we dat in de associatie-akkoorden impliciet een recht op gezinshereniging zit vervat.

**101.** Ook inzake de zogenaamde PECO-Verdragen, de associatieverdragen van de EU met Hongarije<sup>239</sup>, Polen<sup>240</sup>, Bulgarije<sup>241</sup>, Roemenië<sup>242</sup>, Slowakije<sup>243</sup> en

<sup>237</sup> Zie arrest-Demirel: "although it is the duty of the Court to ensure observance of fundamental rights in the field of Community law, it has no power to examine the compatibility with the European Convention on Human Rights of national legislation lying outside the scope of Community law...the court does not have jurisdiction to determine whether national rules such as those at issue (nl. inzake gezinshereniging van derdelanders met derdelanders) are compatible with the principles enshrined in Article 8 of the European Convention on Human Rights" (§28). Voor het eerst: arrest-Rutili, 1975 *Jur. H.v.J.* 1219, obiter dictum, §32: "the explicit rules of Community law limiting the power of the Member States to control aliens are a specific manifestation of the more general principle, enshrined in Articles 8, 9, 10 and 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms". In dezelfde zin: H.v.J. 15 mei 1986, arrest-Johnston, nr. 222/84, *Jur. H.v.J.* 1986, 1682; Adv.-gen. Trabucchi in H.v.J. 7 juli 1976, arrest-Watson en Belman, nr. 118/75, 1976, *Jur. H.v.J.*; 1207-1208. I.t.t. materies die wél binnen het bevoegdheidskader vallen: art. 6, tweede lid EU-verdrag; J.Y. CARLIER, "La garantie des droits fondamentaux en Europe: pour le respect des compétences concurrentes de Luxembourg et de Strasbourg", *Revue québécoise de droit international* 2000, 46; E. FOHRER (1999); F. SUDRE, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Brussel, Bruylant, 1999; P. JACQUE, "Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme", in L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMBERT (eds), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, 83; F. MANCINI en V. DI BUCCI, "Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire", *Recueil des cours* 1990, vol. I-1, 27.

<sup>238</sup> J.H.H. WEILER, "Thou shalt Not Oppress a Stranger: on the judicial protection of the Human Rights of non-EC-nationals – A critique", *E.J.I.L.* 1992, 82.

<sup>239</sup> Overeenkomst van 31 december 1993, *PB. L.* 347/2.

<sup>240</sup> Overeenkomst van 31 december 1993, *PB. L.* 348/2.

<sup>241</sup> Overeenkomst van 31 december 1994, *PB. L.* 358/2.

<sup>242</sup> Overeenkomst van 31 december 1994, *PB. L.* 357/2.

<sup>243</sup> Overeenkomst van 31 december 1994, *PB. L.* 359/2.

Tsjechië<sup>244</sup>, is het al dan niet voorhanden zijn van rechtstreekse werking lange tijd betwist<sup>245</sup>. In het licht van die discussie was eveneens onduidelijk of de regeling van art. 10 dan wel van art. 9 Vreemdelingenwet van toepassing was<sup>246</sup>.

**102.** Het Hof van Justitie heeft alvast verduidelijkt dat de associatieakkoorden met Polen, Tsjechië en Bulgarije rechtstreekse werking in de interne rechtsorde hebben<sup>247</sup>. Aangezien het recht op verblijf voor de kandidaat-dienstverlener kadert in de uitbreiding van het recht op vrij verkeer tot de onderdanen van deze Staten, vloeit tevens een recht op gezinshereniging voort uit de Verdragen. Deze geven dat bovendien expliciet aan<sup>248</sup>. Het Hof van Justitie heeft in zijn arresten niettemin duidelijk gesteld dat de Lidstaten voorwaarden kunnen koppelen aan de toelating van de kandidaat-dienstverlener, aangezien “deze rechten van toelating en verblijf niet absoluut zijn en dat de uitoefening ervan in voorkomend geval door de regels van de Lidstaat van ontvangst betreffende toelating, verblijf en vestiging van (de betreffende) onderdanen kan worden beperkt”. Zo kan aan onderdanen van de Verdragsstaten de voorwaarde van voldoende financiële middelen en een redelijke kans van slagen worden gesteld.

*A fortiori* kunnen hun familieleden voorwaarden zien gekoppeld aan de gezinshereniging. De akkoorden zouden bijgevolg een gebonden machtiging tot verblijf instellen.

**103.** De interpretatieve omzendbrief<sup>249</sup> bij de genoemde associatie-akkoorden met de PECO-landen verwijst evenwel voor de kandidaat-dienstverlener naar art. 9 Vreemdelingenwet, dat een systeem van volledig discretionaire machtigingen instelt. Over de situatie van familieleden wordt niets bepaald.

#### D.1.C. EEN REGELING VOOR ANDERE DERDELANDERS IN DE MAAK

##### **\* Vooralsnog geen regeling – slechts een impliciete inperking door het Verdrag van Dublin**

**104.** Buiten de genoemde regelingen hebben de Europese instellingen zich vooralsnog niet expliciet met de verblijfssituatie van derdelanders en hun

<sup>244</sup> Overeenkomst van 31 december 1994, PB. L. 360/2.

<sup>245</sup> Hierover o.m. E. GUILD, *European Community Law from a Migrant's Perspective*, Den Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, 341 p.; F. WEISS en F. WOOLDRIDGE, *Free movement of persons within the European Community*, Den Haag/London/New York, Kluwer Law International, 2002, 201-235.

<sup>246</sup> Zie R.v.St. nr. 52.631, 3 april 1997, *T. Vreemd.* 1997, 150 en R.v.St. nr. 56.585, 4 december 1995, *T. Vreemd.* 1996, 150, noot G. DE MOFFARTS.

<sup>247</sup> H.v.J., arrest-Gloszcuk, C-63/99, 27 september 2001, <http://europa.eu.int/servlet/portail>; H.v.J., arrest-Kondova, C-235/99, 27 september 2001, *I.c.*; H.v.J., arrest-Barkoci C-257/99, 27 september 2001, *I.c.* resp. m.b.t. de associatieovereenkomst met Polen, Bulgarije en Tsjechië.

<sup>248</sup> Art. 37, lid 1 akkoorden met Polen en Hongarije; art. 38, lid 1 akkoord met Bulgarije, Roemenië, Tsjechië en Slovakije.

<sup>249</sup> Omz. van 22 december 1999 betreffende de verblijfsvoorwaarden voor bepaalde onderdanen van Centraal- en Oost-Europa die een economische activiteit anders dan in loondienst wensen uit te oefenen in het Rijk of er een vennootschap wensen op te richten, B.S. 4 februari 2000.

familieleden ingelaten. Een poging daartoe in 1985 werd door het Hof van Justitie ongedaan gemaakt. De Commissie had een Beschikking<sup>251</sup> uitgewerkt waarbij de Lidstaten de verplichting werd opgelegd om de Commissie en de overige Lidstaten in te lichten over elk voorgenomen ontwerp van maatregelen tot gelijke behandeling van werknemers en hun gezinsleden bij professionele, sociale en culturele integratie en m.b.t. hun vrijwillige terugkeer naar het land van herkomst. Deze Beschikking werd vernietigd door het Hof van Justitie omdat culturele integratie buiten het bevoegdheidsdomein van het oude art. 118 EG-verdrag valt. Wel werd met dit principiële arrest voor het eerst erkend dat de Europese Commissie (beperkte) bevoegdheid heeft in migratiezaken omdat die samenhangen met het recht op vrij verkeer<sup>253</sup>.

**105.** Impliciet gaat een nadelige verblijfsregeling voor derdelanders en hun familieleden schuil in de Overeenkomst van Dublin, meer bepaald in het eerste-land-principe. Verlaat een mannelijke vluchteling alleen het land omdat er geen geld genoeg is voor het hele gezin om samen te vluchten, komt de rest van het gezin later achter en verblijven zij tijdens die reis enkele dagen in een andere EU-Lidstaat dan de Staat waar de man zijn asielverzoek heeft ingediend, dan kan die laatste Staat tegen de familieleden, bij hun uiteindelijke hereniging met de man, de Dublin-claim instellen. De EU-Lidstaat van eerste aankomst neemt de familieleden verplicht terug. Bijgevolg wordt het gezin gescheiden en ontstaat het risico dat de asielaanvragen in de twee landen verschillend worden afgehandeld. Bovendien wordt de partners het voordeel ontnomen om hun bewijs op de situatie van de andere partner te steunen<sup>254</sup>.

Op deze wijze stelt de Overeenkomst van Dublin, in combinatie met de afwezigheid naar het verblijfsrecht van de aangezochte Staat van een recht op gezinshereniging met een kandidaat-vluchteling<sup>255</sup>, impliciet een beperking op de mogelijkheid voor gezinsleden die eveneens een asielverzoek willen indienen, om dat op de meest efficiënte manier te doen.

<sup>251</sup> Beschikking nr. 85/381 van 8 juli 1985 tot invoering van een procedure voor voorafgaande mededeling en overleg inzake het migratiebeleid ten aanzien van derde landen, *P.B. L.* 217/25.

<sup>253</sup> H.v.J. 9 juli 1987 in de samengevoegde zaken 281, 283, 284, 285 en 287/85, Duitsland, Frankrijk, Denemarken, Nederland en V.K. t. Commissie (1987), *Jur. H.v.J.* 3245, *E.C.R.* 3203. Meer hierover R. PLENDER, "Competence, European community Law and nationals of non-member states", *I.C.L.Q.* 1990, 605 e.v.; H. LABAYLE, "La libre circulation des personnes en Europe, de Schengen à Amsterdam", in UNION DES AVOCATS EUROPEENS, *Les nouveaux droits de l'homme en Europe, X<sup>e</sup> congrès, 29, 30, 31 mai 1997*, Brussel, Bruylant, 1999, 9-11.

<sup>254</sup> Denken we aan het sinds lange tijd gestelde probleem dat het verdrag van Genève geen vrouw-eigen vervolgingscriteria formuleert.

<sup>255</sup> Zoals we reeds aangaven stelt art. 88 Vreemdelingenbesluit een dergelijk recht wél in.

Het is bovendien denkbaar dat in een situatie waar normaal gezien een machtiging tot gezinshereniging zou worden verleend op grond van buitengewone (humanitaire) omstandigheden, zulks door het Verdrag voortaan is uitgesloten, op grond van het openbare-orde-karakter van het eerste-land-principe. In een dergelijk geval kan o.i. tot een schending van art. 8 E.V.R.M. worden besloten.

### **\* De gezinsherenigingsresolutie**

**106.** Sinds 1991 wordt op Europees niveau gewerkt aan een harmonisatie van het gezinsherenigingsbeleid. Nadat enkele obstructies<sup>256</sup> waren weggewerkt, werd op 2 juni 1993 vooreerst een Gezinsherenigingsresolutie gestemd.

**107.** Deze resolutie reikt evenwel slechts "a collection of options" aan "which will enable family reunification policy at the most restrictive level". Bepaalde auteurs en instanties uitten de vrees dat de bepalingen een negatieve invloed zouden uitoefenen op het nationale gezinsherenigingsbeleid<sup>257</sup>. De Resolutie reikt geen Europese minimumnorm aan, laat staan een geharmoniseerd beleid, geeft geen definitie aan centrale begrippen, zoals het gelijkheidsbeginsel m.b.t. vluchtelingen, EU-onderdanen en derdelanders, zoals 'kort' en 'lang' verblijf, en hanteert zwakke i.p.v. verplichtende termen, zoals 'normally'.

**108.** De doelstelling van de Resolutie bestaat erin enkele richtlijnen inzake gezinshereniging voor derdelanders te formuleren. Deze zouden met hun strikte binnenkomstvoorwaarden<sup>258</sup> en beperkte definitie van het gezinsbegrip, die slechts gehuwden – expliciet onder de voorwaarde dat het land van ontvangst het huwelijk erkent<sup>259</sup> – en kinderen (ook meerderjarige<sup>260</sup>) ten laste van

<sup>256</sup> O.m. te wijten aan een meningsverschil in hoofde van Ierland m.b.t. de verstrekking van arbeidskaarten aan de familieleden die de gezinshereniger vervoegen: P. BOELES en A. KUIJER, "Harmonization of Family Reunification", in A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENCE (ed.), *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1993, 25-34.

<sup>257</sup> Het Standing Committee of Experts bestempelde de geheime behandeling van de resolutie en haar lange geheimhouding als incorrect; zie ook P. BOELES en A. KUIJER, *l.c.*, 27.

<sup>258</sup> § 16 Resolutie: voorwaarden als een geschikte huisvesting, een bewijs van voldoende bestaansmiddelen, een ziekteverzekering worden toegelaten. Ook is een controle op de samenwoning mogelijk (§ 2). Derdelanders met regelmatig verblijf kunnen tenslotte een wachttijd worden opgelegd (§ 3 Resolutie). In samenlezing met art. 12 §1 Europees Verdrag juridisch statuut migrerende werknemer, kan deze termijn voor onderdanen van ratificerende landen niet meer bedragen dan 12 maanden.

<sup>259</sup> Een polygame partner wordt niet toegelaten als de eerste echtgenote zich reeds bij de betreffende man vervoegd heeft: § 2 en 5 resolutie.

<sup>260</sup> Andere familieleden kunnen slechts worden toegelaten als er 'raisons impérieuses zijn': § 13 Resolutie. Vergelijk met het huidige art. 40 Vreemdelingenwet dat een recht op gezinshereniging verleent aan ascendenten en descendenten ten laste van een Unieburger. Vergelijk met het Wetsvoorstel van 2 april 2003 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen wat schijnhuwelijken betreft, *Parl. St. Kamer*, 50-2435, dat beoogt het recht op gezinshereniging voor ascendenten en hun echtgenoot af te schaffen en deze familieleden slechts gedurende langere

minstens een van de partners omvat, het verblijfsrecht van de meeste Lidstaten aanzienlijk verstrengen<sup>261</sup>. Enkel volle adoptie zou recht op gezinshereniging impliceren<sup>262</sup>. Zodra wordt vermoed dat de verblijfstitel is verkregen door fraude of dat de voorwaarden niet langer worden vervuld, zou de verblijfstitel kunnen worden ingetrokken<sup>263</sup>.

**109.** De vraag rijst naar de verenigbaarheid van de resolutie met het E.V.R.M. en het Europees Sociaal Handvest<sup>264</sup>. De toepassing van de Resolutie zou immers als gevolg hebben dat familieleden die vóór 1993 op wettige wijze in een EU-Lidstaat hebben verbleven, de kans zouden worden ontnomen om hun familieleden voort te zetten als ze niet voldoen aan de verstrengde voorwaarden voor gezinshereniging, zoals geformuleerd in de Resolutie. Ze zouden immers een verlenging van hun verblijfstitel worden geweigerd<sup>265</sup>. De voormalige E.C.R.M. heeft in het verleden nochtans een verwijdering van bepaalde onder hen, bv. de behoeftige ouder van een meerderjarige<sup>266</sup> en het kind van een ouder die inmiddels een nieuw gezin heeft gevormd met een derde<sup>267</sup>, strijdig bevonden met art. 8 E.V.R.M.

Een toepassing van de Resolutie zou het huidige gezinsherenigingsbeleid m.a.w. niet alleen verstrengen, maar tevens het huidige (beperkte) *acquis* aantasten<sup>268</sup>.

---

tijd een toeristenvisum af te geven.

<sup>261</sup> De Resolutie heeft inmiddels reeds aan de grondslag gelegen van de verstrenging van een aantal nationale verblijfsregimes: GISTI (GROUPEMENT D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS), *Rencontre internationale pour le droit de vivre en famille des immigrés en Europe*, Brussel 4, 5 en 6 november 1993, Parijs, Coördination pour les droits à vivre en famille, 1993, 13.

<sup>262</sup> Om misbruik te voorkomen: § 2 en 9 Resolutie.

<sup>263</sup> § 13 Resolutie. Zie ook voorstel van nieuwe richtlijn.

<sup>264</sup> P. BOELES en A. KUIJER, "Harmonisation of family reunification", in H. MEIJERS, *A new Immigration Law for Europe?*, Utrecht, Dutch Centre for immigrants, 1993, 29-31, die bovendien de harmoniserende functie van de resolutie relativeren door de vaagheid en slechts subsidiaire regeling van de materie. Zie ook J. HANDOLL, *Free movement of persons in the EU*, Chichester, John Wiley & Sons, 1995, 370.

<sup>265</sup> Cf. het Belgische art. 20, eerste lid Vreemdelingenwet.

<sup>266</sup> E.C.R.M. 6 mei 1989, nr. 13493/88, zaak Dang t. Nederland.

<sup>267</sup> E.C.R.M. 8 september 1988, nr. 13654/88, R.R. en S.R. tegen Nederland; E.C.R.M. 29 juni 1992, nr. 14852/89, Akhtar en Johangir t. Nederland.

<sup>268</sup> De Staten hebben evenwel geen uitvoering gegeven aan hun engagement om hun nationale wetgeving tegen 1995 in overeenstemming te brengen met de Resolutie. Over het vertrouwen in het aanvankelijke voorstel: o.m. H. STAPLES, "Gezinshereniging naar komend Unie-recht", *N.T.E.R.* 2000, 77; P. BOELES, "Nederland en toekomstig Europees gezinsherenigingsrecht", *M.R.* 2000, 179-194.

**\* Het Verdrag van Amsterdam**

110. Sinds het Verdrag van Amsterdam<sup>269</sup> kunnen in het kader van de Europese Gemeenschap maatregelen worden genomen betreffende de toegang en het verblijf van onderdanen van derde landen in de Lidstaten, een terrein dat vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam onder de bepalingen van titel VI van het oude Verdrag betreffende de Europese Unie viel en slechts gedeeltelijk (nl. inzake visumplicht) tot de communautaire bevoegdheden behoorde<sup>270</sup>.

111. Artikel 73 K kondigt binnen een termijn van vijf jaar na de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam<sup>271</sup> o.m. maatregelen van de Raad aan inzake de voorwaarden voor toegang en verblijf en procedurenormen voor de afgifte door de Lidstaten van langlopende visa en verblijfstitels, met name met het oog op gezinshereniging. De Conferentie is overeengekomen dat de Lidstaten hierover met derde landen onderhandelingen kunnen voeren en overeenkomsten kunnen sluiten, mits deze overeenkomsten stroken met het Gemeenschapsrecht<sup>272</sup>.

**\* De Top van Tampere**

112. Met de Europese top in Tampere op 15 en 16 oktober 1999 werd de noodzaak van harmonisatie in de materie nogmaals erkend: "this freedom (of movement) should not be regarded as the exclusive preserve of the Union's own citizens. Its very existence acts as a draw to many other world-wide who cannot enjoy the freedom Union citizens take for granted. (...) The European Union must ensure fair treatment of third country nationals who reside legally... It should also enhance non-discrimination in economic, social and cultural life... A person ...

<sup>269</sup> Wet van 10 augustus 1998 houdende instemming met het verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het verdrag betreffende de Europese Unie, de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijhorende akten, Bijlage, Protocolen A, B, C en D, en slotakte, gedaan te Amsterdam op 2 oktober 1997, B.S. 30 april 1999.

<sup>270</sup> O.m. Actieplan Raad en Commissie betreffende de optimale omstandigheden om de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de instelling van een ruimte van vrijheid, veiligheid en justitie, 3 december 1998, *P.B.C.* 19/1, 23 januari 1999: "La philosophie inhérente au concept d'espace de liberté, de sécurité et de justice (est que) ces trois notions sont étroitement liées entre elles (...) (et) (...) ont un dénominateur commun, les personnes"; Voorstel Commissie 24 mei 2000 voor een richtlijn van de Raad COM (2000) 303 betreffende minimumnormen voor het verlenen van tijdelijke bescherming in geval van massale toestroom van ontheemden en maatregelen ter bevordering van een evenwicht tussen de inspanningen van de Lidstaten voor de opvang en het dragen van de consequenties van de opvang van deze personen; Commissie-voorstel 5 maart 1997 aan de Raad voor een gemeenschappelijk optreden in het kader van art. K.3, lid 2, b EU-verdrag inzake tijdelijke bescherming van ontheemden (positief onthaald door het Europees Parlement op 23 oktober 1997; gewijzigd door de Commissie op 24 juni 1998; opnieuw positief onthaald op 25 november 1998); Aanbeveling Raad, Comité van ministers van 15 december 1999, betreffende de gezinshereniging van vluchtelingen en andere personen die internationale bescherming behoeven, *Jur.* (99)23. Het voorstel verwijst naar art. 13 voorstel van richtlijn Raad 1 december 1999 (1999)638. Zie voorheen reeds: Rapport ministers belast met immigratiezaken, 2 december 1991, SN/4038/91, 15.

<sup>271</sup> D.i. tegen uiterlijk 1 mei 2004.

<sup>272</sup> § 18 van het verdrag: 'verklaring ad artikel 73 k, § 3, onder a'.

who holds a long-term residence permit, should be granted in that Member State a set of uniform rights which are as near as possible to those enjoyed by EU citizens; e.g. the right to reside, (...), and work as an employee or self-employed person, as well as the principle of non-discrimination vis-à-vis the citizens of the State of residence”<sup>273</sup>.

**113.** De Lidstaten hebben zich de gelijke behandeling van derdelanders en EU-vreemdelingen als doel gesteld, in eerste instantie door derdelanders met langdurig verblijf dezelfde rechten te verlenen als EU-vreemdelingen, vervolgens door andere derdelanders enerzijds gelijkaardige rechten te verlenen in ruil voor een strengere integratiepolitiek en anderzijds de nationaliteit meer voor hen open te stellen<sup>274</sup>.

**\* De Richtlijn van de Raad van 29 juli 2003 inzake het recht op gezinshereniging en het Commissievoorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden zich op het grondgebied van de Lidstaten vrij te verplaatsen en er vrij te verblijven**

**114.** Het aanvankelijke voorstel dat op 29 juli 2003 is uitgemond in een Richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, ingediend door de Europese Commissie op 1 december 1999<sup>275</sup>, werd beschouwd als een eerste aanzet om

<sup>273</sup> Presidency conclusion, D/99/14, punten 4 en 5.

<sup>274</sup> Beginsel 10 van de Gezinsherenigingsresolutie; §7.5 Voorstel van Gezinsherenigingsrichtlijn 1 december 1999 (recentste versie in *PB. C.* 27 augustus 2002, afl. 203 E/136. (COM(2002) 225 final – 1999/0285 (CNS)); Punt 18 conclusies Tampere. Zie voorheen reeds: Voorstel voor een akte van de Raad tot vaststelling van een Overeenkomst betreffend de regels voor de toelating van onderdanen van derde landen tot de Lidstaten, versie *PB.C.* 7 november 1997, nr. 337, 9 en versie *PB. C.* 28 mei 1999, nr. 150, 187. Zie ook Actieplan van de Raad en de Commissie over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd, versie *PB.C.* 23 januari 1999, nr. 19, 1. Zie evenwel in 1996 nog het resultaat van een polsing naar deze bereidheid (bereidheid van België en Nederland, tegenstand van Duitsland en Groot-Brittannië, onverschilligheid van Frankrijk): A. KRUYT en J. NIESSEN, *Europees gelijk geregeld. Derdelanders in de Europese Unie*, Den Haag, Ministerie van Binnenlandse Zaken, Directie Coördinatie Integratiebeleid Minderheden, 1996, resp. 12, 51, 21, 40 en 33.

<sup>275</sup> De behandeling van het voorstel heeft veel vertraging opgelopen wegens de verwijzing erin naar het discriminatieverbod in art. 13 E.G.-Verdrag. Meerdere Staten vreesden dat hun soevereiniteit tezeer zou worden ingeperkt o.i.v. die bepaling. Ook werden de besprekingen van de rassendiscriminatie-richtlijnen voorgenomen (Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PB. L.* 19 juli 2000, L 180, 22-26; Richtl. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PB. L.* 2 december 2000, 303, 16-22). Het Belgische voorzitterschap heeft op 17 september 2001 een compromisvoorstel gelanceerd om het debat inzake de richtlijn weer op gang te trekken. Het compromisvoorstel identificeerde, in functie van de intensiteit van de familiebanden, drie verschillende categorieën van familieleden die zouden kunnen genieten van het recht op gezinshereniging: de echtgenoot en de minderjarige kinderen (het kerngezin); de ascendenten in eerste lijn als zij in hun land van herkomst geen enkele andere gezinssteun hebben en de meerderjarige kinderen indien zij niet gehuwd zijn en volgen hun objectieve maatstaven wegens hun gezondheidstoestand niet in staat zijn in hun levensbehoeften te voorzien, en de niet-gehuwde partners. Ascendenten van een verdere graad kwamen niet langer

tot een gelijke behandeling van derdelanders met langdurig verblijf te komen<sup>276</sup>. Het Voorstel heeft evenwel meerdere gedaantewisselingen ondergaan. Er blijft niets over van de aanvankelijke betrachting om de ongelijke behandeling van E.E.R.-onderdanen en derdelanders definitief met één richtlijn terug te dringen<sup>277</sup>.

In een tweede fase werden de doelstellingen hoofdzakelijk herleid tot een onmiddellijke harmonisatie van het verblijfsrecht van de Lidstaten via verbindende minimumnormen, grotendeels met behoud van het huidige onderscheid op grond van nationaliteit, om dat slechts op termijn en stapsgewijs te verlaten. Deze bepalingen werden meermaals als te streng beoordeeld: ze hielden bv. in dat een zelfstandig recht op verblijf slechts na een bepaalde verblijfsduur kon worden verworven. Sinds 2003 bevatte het voorstel nog louter bepalingen die maximumnormen vooropstelden en soms (maar niet steeds) een *standstill*werking hadden (de Lidstaten mogen hun verblijfsrecht op de betreffende terreinen niet verstrengen). De Lidstaten werden algemeen de mogelijkheid gelaten om soepelere verblijfsbepalingen uit te werken<sup>278</sup>.

---

in aanmerking. Het compromisvoorstel voorzag bovendien slechts t.a.v. de leden van het kerngezin de *plicht* om gezinshereniging toe te kennen. De Lidstaten zouden daarentegen vrij kunnen oordelen m.b.t. de twee andere categorieën. Niettemin preciseerde het compromisvoorstel dat indien de Lidstaten zouden beslissen om gezinshereniging te verlenen aan ascendenten in de eerste lijn, meerderjarige kinderen en niet-gehuwde partners, zij dan aan die familieleden de behandeling moesten toekennen die door de Richtlijn was voorzien. De aanhoudende discussies omtrent het begrip 'kerngezin' hebben ook dit voorstel evenwel geblokkeerd. De uiteindelijke Richtlijn is een uiterst afgezwakte versie van het oorspronkelijke voorstel. Van de aanvankelijke harmonisatiepoging is niets overeind gebleven (*cf. infra*).

<sup>276</sup> Zie o.m. overweging 6: "de definitie van familielid moet worden uitgebreid en voor alle begunstigden van het verblijfsrecht worden eengemaakt"; overweging 7: "... moet ook het vrije verkeer van de familieleden worden vergemakkelijkt die niet de nationaliteit van een Lidstaat bezitten".

<sup>277</sup> Over het oorspronkelijk verruimende karakter: J. NIESSEN en S. ROWLANDS (eds), *The Amsterdam proposals or how to influence policy debates on asylum and immigration*, Brussel/Londen, ENAR/ILPA/MPG, 2000, 25-26: O.m. voorstel voor een recht op gezinshereniging voor de buitenhuwelijkse partner, voor de verloofde met huwelijksplannen binnen de zes maanden en een 'relationship akin to marriage', voor kinderen jonger 21 jaar, voor oudere kinderen ten laste, voor 'children who may not be direct descendants but who are, in accordance with the customs of the country of prior residence considered part of the principal's family unit'. T.a.v. familieleden van een lange verblijfhouder zou geen rechtvaardiging meer bestaan voor een verschillende behandeling t.o.v. EU-onderdanen en gelijkgestelden. De familieleden zouden tevens een onmiddellijk recht op arbeid genieten, waar anderen daar hoogstens zes maanden op zouden moeten wachten. Het Voorstel verwoordde tevens het voornemen om de doelstellingen van het I.V.R.K. centraal te stellen.

<sup>278</sup> Art. 3.4. van het voorstel bepaalde aanvankelijk: "Deze richtlijn geldt onverminderd gunstiger bepalingen:

(a) van bilaterale en multilaterale overeenkomsten tussen de Gemeenschap of de Gemeenschap en haar Lidstaten enerzijds en derde landen anderzijds, die vóór de datum van inwerkingtreding van deze richtlijn van kracht zijn geworden;

(b) van het Europees Sociaal Handvest van 18 oktober 1961 en het Europees Verdrag inzake de rechtspositie van migrerende werknemers van 24 november 1977".

Slechts in de twee bovengenoemde hypothesen kon buiten de klijtlijnen van het voorstel worden getreden (Zie ook: IMMIGRATION LAW PRACTITIONERS' ASSOCIATION, *The Alternative Scoreboard for EU Immigration and Asylum Law: Human Rights and Basic Principles*, Londen, ILPA, 2000, 1 en 4). Bij de laatste aanpassingen van het Voorstel is de bepaling aangevuld met 3.5: "Deze richtlijn laat het recht van de lidstaten om gunstigere voorwaarden vast te stellen of te



De definitieve Richtlijn lijkt geen onmiddellijke *stand-still*-verplichtingen in te stellen: ze laat de Lidstaten meermaals de mogelijkheid om zogenaamd uitzonderlijke afwijkingen van de door de Richtlijn vooropgestelde maximumnormen nog in hun wetgeving in te schrijven<sup>279</sup> tot twee jaar na publikatie van de Richtlijn, de datum waarop de Richtlijn in nationale wetgeving moet zijn omgezet<sup>280</sup>. Daarbij wordt geen grondige motivatie wordt gegeven en is dus in de praktijk allerm minst sprake van een voorbehoud voor uitzonderlijke situaties. Een harmonisatie van de verblijfs wetten zal door dergelijke Richtlijn, die overigens slechts uitzonderlijk verplichtingen oplegt en die beperkt tot enkele minimumgaranties ter bescherming van het gezinsleven, bv. de verplichting om minstens een aantal welbepaalde gezinsleden recht op gezinshereniging te verlenen, een omschrijving van hoe streng een – optionele – huisvestings- en/of middelenvereiste maximaal mag worden geformuleerd, enkele procedurele minimumvereisten. Maximumgrenzen op de toelaatbaarheid van gezinshereniging worden niet worden gesteld. Alle zogenaamde beperkingen die de Lidstaten worden “opgelegd”, zijn – i.t.t. wat hun formulering doet uitschijnen<sup>281</sup> – optioneel. Dat volgt uit art. 3.5: “deze richtlijn laat de mogelijkheid van lidstaten om gunstigere bepalingen vast te stellen of te handhaven onverlet”. Een tweede gevolg is dat de mogelijkheden die de Lidstaten worden gelaten, louter exemplarisch zijn, en niet – wat zonder art. 3.5 het geval zou zijn – exhaustief.

De Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander verplicht de Belgische wetgever bijgevolg slechts tot een handvol wijzigingen. Zo zullen het cascadeverbod en de termijnbeperking uit art. 10 Vreemdelingenwet moeten verdwijnen. Ook zal de termijn van hoogstens vijftien maanden om het gezinslid een eerste beslissing m.b.t. de gezinshereniging te betekenen (art. 12bis Vreemdelingenwet) moeten worden ingekort tot hoogstens negen maanden, behoudens in bijzondere omstandigheden (art. 5.4 Richtlijn). Dat betekent evenwel niet dat de samenwoningcontrole niet kan worden voortgezet. Het zal volstaan dat bij de inschrijving in het vreemdelingenregister (die plaatsvindt zodra het bewijs is geleverd van wettige binnenkomst en van een rechtgevende familieband) niet langer een loutere verklaring van aanvraag wordt overhandigd, maar een verklaring waarin gezinshereniging wordt toegestaan zolang de samenwoningcontrole goed wordt doorstaan. De Verblijfs wet zal eveneens moeten bepalen welke gevolgen zullen worden verbonden aan een

---

handhaven voor personen op wie deze richtlijn van toepassing is, onverlet”. Deze bepaling is gehandhaafd in de definitieve Richtlijn.

<sup>279</sup> O.m. art. 4.6: bij wijze van uitzondering kunnen de lidstaten vereisen dat de kinderen jonger zijn dan vijftien jaar, mits dergelijke voorwaarde minstens wordt ingesteld door de wet die de Richtlijn omzet in nationaal recht; art. 8: de mogelijkheid om de toegelaten wachttijd van twee jaar te verlengen tot drie jaar als de wetgeving tegen die datum aangeeft dat hij dat doet uit aandacht voor de opnamecapaciteit.

<sup>280</sup> Art. 20 j° 21 Richtlijn. De Richtlijn was op de datum van laatste wijziging van het proefschrift, 10 augustus 2003, nog niet gepubliceerd.

<sup>281</sup> Zie bv. art. 4.1.: “de gerechtigde kinderen moeten jonger zijn dan...” en art. 4.2.: “op voorwaarde dat...”.

overschrijding van de genoemde termijn. Ook zal België (en zijn consulaten en ambassades) voortaan de nodige inspanning moeten leveren om alle visumplichtigen hun visum te verstrekken (art. 13.1 Richtlijn).

De belangrijkste verplichte wijziging betreft het recht voor een niet-begeleide minderjarige vluchteling om zich in alle omstandigheden te laten vervoegen door zijn ouders (art. 10 Richtlijn)<sup>282</sup>.

De Lidstaten worden m.a.w. een haast even ruime vrijheid gelaten als voorheen. Aangezien de Richtlijn de beoordeling overlaat aan elke Lidstaat, kan het voorvallen dat de ene Lidstaat een verhouding tussen personen wél als familieleden kwalificeert, maar een andere Lidstaat dat niet doet. In dat geval kan de tweede Lidstaat de betrokkenen gezinshereniging verbieden wanneer ze van hun vrij verkeer gebruik wensen te maken om in die Lidstaat te verblijven. Het recht op vrij verkeer kan m.a.w. worden ingeperkt t.a.v. de genoemde categorieën, als gevolg van de soevereiniteit van de Staten om m.b.t. bepaalde verhoudingen tussen personen (bv. de buitenhuwelijkse tweerelatie) al dan niet te besluiten tot gezinsleven. Dergelijke bepaling staat het streven naar harmonisatie zo mogelijk nog meer in de weg. We herhalen evenwel: de richtlijn lijkt in zijn definitieve versie in niets nog op een harmonisatiepoging.

**115.** Ook in het voorliggende Commissievoorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden zich op het grondgebied van de lidstaten vrij te verplaatsen en er vrij te verblijven<sup>283</sup> blijft niets overeenkomstig van de aanvankelijke doelstelling om de Lidstaten dwingende harmoniserende regels op te leggen. Art. 34 Voorstel geeft aan dat de bepalingen in het Voorstel nog slechts minimumnormen zijn en de gastvrijheid van de Lidstaten niet beknotten: “het bepaalde in deze richtlijn geldt onverminderd de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van een Lidstaat die eventueel gunstiger zijn voor de personen waarop deze richtlijn betrekking heeft”.

De Richtlijn zal, als ze in haar huidige vorm wordt aangenomen, de Belgische wetgever geen concrete verplichtingen opleggen m.b.t. de voorwaarden waaronder een zelfstandig recht op verblijf of een recht op voortgezet verblijf na beëindiging van de gezinsband kan worden verworven. De huidige Belgische regeling voldoet aan alle minimumvereisten in dit verband. Meer nog, ze is – zeker wat betreft de verwerving van een recht op zelfstandig verblijf – beduidend soepeler dan de regeling van om het even welke andere E.E.R.-Lidstaat.

Wél zal tegen eind 2005 in de Vreemdelingenwet zelf moeten worden voorzien in een verruimd recht op gezinshereniging voor andere familieleden dan echtgenoot, ascendenten en descendenten, als die ten laste komen van of in het

<sup>282</sup> Van de niet-begeleide minderjarigen die ons land binnenkomen bekomt evenwel slechts een zes procent een vluchtelingenstatuut. Cijfers jaarverslag Rode Kruis 2002: ongeveer een vierde dient een asielerzoek in. Ongeveer een vierde daarvan wordt erkend.

<sup>283</sup> Voorstel van Richtlijn betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven. De meest recente versie van het voorstel dateert van 15 april 2003 (COM(2003) 199 definitief, 2001/0111 (COD)).

herkomstland onder hetzelfde dak leefden met de gezinshereniger, of indien zwaarwegende gezondheidsredenen of humanitaire redenen zulks rechtvaardigen. Tot op vandaag wordt hoogstens in de praktijk rekening gehouden met deze situaties, na een beroep op art. 8 E.V.R.M.

Ook zal de bestaansmiddelenvereiste moeten worden versoepeld voor vreemdelingen die zich in een situatie bevinden waarvoor het Voorstel in een gunstigere behandeling voorziet (art. 7.2*bis*) en zal deze vereiste nog slechts met een verklaring op eer kunnen worden afgedwongen.

Uit de samenlezing van beide Richtlijnen volgt dat familieleden van E.E.R.-onderdanen voortaan nog meer waarborgen zullen genieten dan familieleden van derdelanders<sup>284</sup>.

**116.** De nieuwe Richtlijn en het voorstel van Richtlijn inzake gezinshereniging bij een Unieburger hanteren bovendien een verschillend gezinsconcept.

De Richtlijn voor familieleden van derdelanders bepaalt in art. 4.3 slechts de mogelijkheid, niet de verplichting, voor de lidstaten om de buitenhuwelijks samenwonende partner van een wettige verblijfhouder, al dan niet in het kader van een geregistreerd partnerschap, recht op of een machtiging tot gezinshereniging te verlenen.

Het voorstel m.b.t. familieleden van Unieburgers beoogt daarentegen Lidstaten waarvan de wetgeving "de situatie van niet-gehuwde paren erkent" te verplichten om een regeling inzake gezinshereniging uit te werken t.b.v. samenwoners (*cf. infra*, randnr. 138).

Ook m.b.t. de gezinshereniging voor kinderen worden verschillende criteria gehanteerd. De Richtlijn voor gezinshereniging bij een derdelander bevat bv. een bepaling waardoor de Lidstaten een kind dat onafhankelijk van de rest van het gezin aankomt, vanaf de leeftijd van twaalf jaar de gezinshereniging kunnen weigeren als het niet voldoet aan een integratiecriterium dat door de nationale wetgever is uitgewerkt vóór de datum waarop de Richtlijn in nationale wetgeving moet zijn omgezet (t.l. twee jaar na de inwerkingtreding/publikatie ervan)<sup>285</sup>. Art. 4.6 Richtlijn laat toe dat de Lidstaten vereisen dat de gezinshereniging voor een minderjarig kind wordt aangevraagd alvorens het vijftien jaar oud is. Nadien zou het nog slechts "om andere redenen dan gezinshereniging" moeten worden toegelaten. We menen dat de Lidstaten hiermee een vrijgeleide zijn gegeven om gezinshereniging voor kinderen ouder dan vijftien jaar slechts toe te staan als humanitaire redenen dat vereisen. Zijn die er niet steeds, gezien de waarborgen die het I.V.R.K. elk kind biedt tot de leeftijd van achttien jaar of minstens tot het meerderjarig wordt?

Het Voorstel van Richtlijn inzake gezinshereniging bij een Unieburger verleent alle descendenten (evenals overigens de ascendenten) van een wettige verblijfhouder daarentegen onvoorwaardelijk recht op gezinshereniging (art. 2, 2)

<sup>284</sup> *Cf. infra*, deel 3, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 425 en 426, meer over de mogelijke gevolgen van de Richtlijn.

<sup>285</sup> Art. 4.1 laatste lid Richtlijn.

Voorstel). We kunnen evenwel verwachten dat teruggegrepen zal worden naar de bestaande beperkingen op dat recht: van ascendenten zal afhankelijkheid gevergd worden; descendenten moeten jonger zijn dan 21 jaar of ten laste<sup>286</sup>. Ook in dat geval wordt de kloof tussen bevoorrechte en niet-bevoorrechte vreemdelingen alleen maar bevestigd.

Ook verschilt de behandeling van andere familieleden. De ontwerprichtlijn voor gezinshereniging bij een Unieburger voorziet in een verruimd recht op gezinshereniging voor andere familieleden die ten laste komen van of in het herkomstland onder hetzelfde dak leefden met de gezinshereniger, of indien zwaarwegende gezondheidsredenen of humanitaire redenen zulks rechtvaardigen. De Richtlijn voor gezinshereniging bij een derdelander laat de beslissing om het aantal titularissen uit te breiden over aan de Lidstaten.

Andere verschillen in behandeling komen verder in de bespreking aan bod<sup>287</sup>.

Het is hoedanook voorbarig om in definitieve termen te spreken over een voortzetting, of meer nog aangroei, van de huidige ongelijke behandeling op grond van nationaliteit voor wat betreft het gezinsconcept dat wordt toegepast op vreemdelingen. De Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander laat de beslissing daartoe over aan de Lidstaten. Het Voorstel van Richtlijn inzake gezinshereniging bij een Unieburger bevindt zich nog steeds in de onderhandelingsfase.

**117.** Hetzelfde geldt voor het Commissievoorstel van 25 mei 2000 voor tijdelijke beschermingsstatuten, dat beoogt expliciet gezinshereniging uit te sluiten bij personen die een tijdelijk beschermingsstatuut genieten, "as it is felt that the temporary nature of the situation does not allow for the exercise of this right in the same form"<sup>288</sup>.

**118.** Alvast in de lijn van een gelijke behandeling van derdelanders liggen de initiatieven van de Commissie-Veil, een werkgroep van vooraanstaande deskundigen in de materie van het vrij verkeer van personen. Het Actieplan van de Commissie spoort in de overwegingen 3.1.2. en 3.1.4 aan om de omschrijving van het begrip 'familie' uit te breiden in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Eenieder die afhankelijk is van of onder hetzelfde dak woont als de werknemer, zou hierdoor een aanspraak op verblijf met hem kunnen maken. Door een verruiming van het gezinsconcept in Verord. 1612/68 zouden tevens meerdere andere Europeesrechtelijke bepalingen, die verwijzen naar de definitie die de Verordening geeft aan 'gezin', eenzelfde uitgebreider gezinsconcept gaan hanteren<sup>289</sup>.

<sup>286</sup> Contacten met Europese Commissie bevestigen deze verwachting.

<sup>287</sup> O.m. cf. *infra*, deel 3, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 427, 428 en 447.

<sup>288</sup> Art. 13 Commissievoorstel 25 mei 2000, (COM)2000.

<sup>289</sup> O.m. Richtl. Raad EG 68/360/EEG van 15 oktober 1968, *PB. L.* 1968, 257; Verord. Commissie nr. 1251/70 van 29 juni 1970 m.b.t. het recht van werknemers om verblijf te houden op het grondgebied van een Lidstaat na er een betrekking te hebben vervuld, *PB. L.* 1970, 142/30; richtl.

**\* Andere initiatieven, met het oog op een snellere verwerving van een duurzaam verblijfsrecht**

**- Het Voorstel voor een gelijke behandeling van langetermijnverblijfhouders en EER-onderdanen, na drie jaar tewerkstelling**

**119.** N.a.v. de Conferentie van Amsterdam is in oktober 1999 een Voorstel voor een Richtlijn betreffende de verblijfspositie van *long-term-residents* neergelegd<sup>290</sup>. Alle derdelanders die sinds drie jaar wettig zijn tewerkgesteld in een Lidstaat of er een geregistreeerde zelfstandige activiteit hebben verricht, zouden een versterkte verblijfspositie en recht op vrij verkeer genieten. Slechts werkloosheid en lange ziekte zouden de genoemde termijn verbreken<sup>291</sup>.

Bij gebrek aan enige verdere objectieve rechtvaardiging van een verschillende behandeling in vergelijking met EER-burgers, zouden deze derdelanders voortaan met hen worden gelijkgesteld<sup>292</sup>.

Een derdelander die legaal is tewerkgesteld, maar nog niet langdurig verblijf houdt, zou na een jaar reeds recht hebben op de vernieuwing van zijn arbeids- en verblijfskaart. Na een tewerkstelling van twee jaar zou hij vrije toegang genieten tot alle betaalde werk in de betreffende Lidstaat.

**120.** De mogelijkheid om te voorzien in een gelijkberechtiging door het Europese recht van EER-onderdanen en derdelanders met een zekere verblijfsduur in een EER-lidstaat vindt wettelijke grondslag in meerdere Europese bepalingen<sup>293</sup>.

Zowel het economische argument van de volledige participatie aan de interne markt<sup>294</sup> als principiële argumenten<sup>295</sup> ondersteunen de idee.

Raad 73/148/EEG van 21 mei 1973 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van onderdanen van de Lidstaten binnen de Gemeenschap ter zake van vestiging en verrichten van diensten, *PB. L.* 1973, 172/28.

<sup>290</sup> Hierover o.m. J. NIESSEN en S. ROWLANDS (eds), *The Amsterdam proposals or how to influence policy debates on asylum and immigration*, Brussel/London, ENAR/ILPA/MPG, 2000, 25.

<sup>291</sup> I.t.t. een korte vakantie en korte ziekte, afwezigheid wegens moederschap of wegens arbeidsongeval.

<sup>292</sup> J. NIESSEN en S. ROWLANDS, o.c., 30. De kost om zijn verblijfstitel te laten vernieuwen, mag voortaan niet duurder zijn dan voor eigen onderdanen. De vernieuwing gebeurt automatisch, hoogstens om de vijf jaar. Voortaan is geen systematische weigering meer mogelijk op grond van werkloosheid. De oorzaak van die toestand wordt een bepalende factor. De betrokkene geniet gedurende drie jaar een recht op terugkeer. Een paspoort of verblijfstitel zouden voortaan volstaan voor de binnenkomst. Een visum of gelijkgestelde titel zou niet langer eisbaar zijn. Een expliciet verwijzing naar het I.V.R.K. wekt de indruk dat het Verdrag ruime werking zal worden verleend. De betrokkene geniet voortaan eenzelfde bescherming tegen uitzetting als een EER-onderdaan. Het enige waarin het Voorstel niet voorziet, is een waarborg voor gelijke sociale rechten. Het beperkt zich tot een pleidooi voor gelijke ontwikkelingskansen.

<sup>293</sup> Art. 48, 49 en 100 E.G.-Verdrag.

<sup>294</sup> Actieprogramma Europese Commissie van 18 december 1974, *EC Bull.* suppl. 3/76, 11;

## - Het Voorstel tot wijziging van Richtlijn 68/360/EEC

**121.** Soepeler nog in dat verband is het Voorstel om reeds na drie jaar verblijf een onafhankelijke verblijfstitel te verstrekken aan zowel de partners, als andere rechthebbenden<sup>296</sup>. Ook in geval van echtscheiding "they can reasonably be considered to be sufficiently integrated into the host state". De bestaande bijkomende verblijfsvoorwaarden zouden evenwel worden gehandhaafd: zijn de betrokken familieleden niet economisch actief, dan blijft het onafhankelijke verblijfsrecht gekoppeld aan een bewijs van voldoende middelen voor zichzelf en de personen die ze ten laste hebben, evenals aan het bewijs van een ziekteverzekering<sup>297</sup>. Oefenen de betrokkenen wél een economische activiteit uit, dan genieten ze verblijfsrecht op eenvoudige vertoning van hun arbeidsovereenkomst of gelijkwaardige titel.

**122.** Het genoemde voorstel tot wijziging van Richtlijn 68/360 zou de versoepeling van het onafhankelijke recht op verblijf beperken tot de Staat waar de betrokkenen op dat ogenblik leven.

---

Mededeling Commissie aan Raad betreffende richtlijnen voor een geenschappelijke migratiepolitiek, 1 maart 1985, COM(85)48 final, 1, nr. 1 en *EC Bull.* Suppl. 9/85, 5; Witboek Commissie 14 juni 1985: aankondiging van ontwerp-richtlijnen inzake binnekoms, verblijf en toegang tot de arbeidsmarkt van derdelanders (COM (85)310 final, p. 16, nr. 55, pt. 3); Recommendation nr. 1082(1988) Europees Parlement van 30 juni 1988; Mededeling Commissie aan Europees Parlement en Raad betreffende migratie (SEC(91) 803/5): de logica van de interne markt houdt in dat de uitoefening van bepaalde rechten niet mag worden beperkt op grond van nationaliteit, bv. toegang tot de arbeidsmarkt van een andere lidstaat mits de derdelander reeds een permanente verblijfstitel in een andere Lidstaat heeft: COM(91)1855; Mededeling Commissie aan Raad en Europees Parlement betreffende het immigratie- en asielbeleid: COM(94) 23 final.; Witboek 27 juli 1994 inzake Europese Sociaal Beleid - a way forward for the Union (COM(94) 333 final); Raad voor justitie en binnenlandse aangelegenheden, 29 juni 1994, Resolutie betreffende beperkingen op de toelating van derdelanders tot lidstaten voor tewerkstelling, CM 94-070/5, *EC Bull.* 6-1994, 1.4.5.

<sup>295</sup> O.m. Final Report from the Consultative Commission on Racism and Xenophobia to the permanent Representatives Committee/General Affairs Council 23 mei 1995, 6906/1/95, 43-45; Commissielid FLYNN op Europese conferentie inzake sociale zekerheid in Europa - gelijkheid van nationalen en niet-nationalen, "Free movement of people in Europe - equality between nationals and non-nationals in social security", 10 november 1994, in *Minutes of the European Conference organized in Oporto on 10-12 November 1994*, 37-42; W.R. BOHNING en J. WERQUIN, *Some economic, social and human rights considerations concerning the future status of third-country nationals in the single European market*, ILO Working paper, 1990 en P. VAN DIJK, "Free movement of persons: towards European citizenship", *S.E.W.* 1992, 277-307.

<sup>296</sup> Zie het voorstel tot wijziging in die zin van Richtlijn 68/360/EEC. Zie ook de vermelding van het streefdoel van het VN-verdrag van december 1990 m.b.t. migrerende werknemers, om ook bij ontbinding van het huwelijk te streven naar een redelijke regeling tot behoud van het recht op verblijf. De Europese Raad heeft in Tampere op 15 en 16 oktober 1999 herinnerd aan dit Verdrag en aangedrongen op een snelle aanname van de betreffende voorstellen van de Commissie.

<sup>297</sup> Deze uitsluiting bij gebrek aan voldoende middelen wekt bij bepaalde auteurs ironie op in het licht van de strenge vereiste die wél aan andere weigeringsgronden wordt gesteld, m.n. de vereiste dat er sprake is van 'een reële en ernstige bedreiging voor eisen van openbare orde m.b.t. een fundamenteel belang van een democratische samenleving': D. POLLARD, "Rights of free movement", in N.A. NEUWAHL en A. ROSAS (ed.), *The European Union and Human Rights*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1995, 115.

**- Het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen: een samentelling van verblijf in elke Lidstaat**

**123.** Artikel 63, punt 3, onder a), van het EG-Verdrag bepaalt dat de Raad maatregelen aanneemt met betrekking tot de "voorwaarden voor toegang en verblijf en normen voor de procedures voor de afgifte door de lidstaten van langlopende visa en verblijfstitels, met name met het oog op gezinshereniging". Naar aanleiding hiervan is een Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen hangende, dat in artikel 23 suggereert om de verwerving van een zelfstandig verblijfsrecht niet langer op nationale, maar wel op Europese schaal te beoordelen: "(...) worden de periodes van verblijf in een tweede lidstaat meegerekend bij de berekening van de verblijfsduur op grond waarvan overeenkomstig de richtlijn van de Raad inzake gezinshereniging, aan gezinsleden een zelfstandige verblijfstitel kan worden verstrekt, onafhankelijk van die van de gezinshereniger".

**- Naar een beperkt recht op vrij verkeer voor derdelanders met langdurig verblijf en hun familieleden**

**124.** Een beperkt recht op vrij verkeer voor derdelanders met langdurig verblijf en hun familieleden wordt beoogd door de Draft Regulation on freedom of movement for workers within the European Community for third-country nationals with long term residence in one member state<sup>298</sup>. Dit ontwerp beoogt een vreemdeling toe te staan om een familielid te volgen naar het land van nieuwe tewerkstelling, als hij voorheen reeds gedurende vijf jaar in een andere EU-lidstaat heeft verbleven en er was tewerkgesteld. Bevindt de vreemdeling zich evenwel in een andere Staat dan de laatste verblijfsstaat van de rechtgevende, dan zou hij pas na een jaar tewerkstelling van de rechtgevende in zijn nieuwe verblijfsstaat gezinshereniging genieten, bovendien onder de voorwaarde dat deze een voortgezette tewerkstelling van nog minstens een jaar in het vooruitzicht heeft. Na beëindiging van de tewerkstelling zouden de rechtgevende en zijn familie voortaan een recht op voortgezet verblijf genieten, mits de rechtgevende over voldoende bestaansmiddelen en over een ziekteverzekering beschikt.

**125.** Bij herhaalde uitoefening van het recht op vrij verkeer, zouden ook de familieleden die vóór de tewerkstelling van de rechtgevende in de tweede lidstaat, in het kader van gezinshereniging zijn toegelaten tot het eerste land,

<sup>298</sup> C. CURTIN, C. DENYS, M. GEURTS, C.A. GROENENDIJK, A. ROOS en H. STAPLES, "Draft regulation on freedom of movement for workers within the European Community for third-country nationals with long term residence in one member state", in X., *Free Movement for non-EC-Workers within the European Community*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1997, 64 p. Eveneens voorstander hiervan: P.J. VAN KRIEKEN, *The migration acquis handbook*, Den Haag, TMC Asser Press, 2001, 23.

toepassing genieten van de EU-bepalingen. Bij uitzetting uit het tweede land om redenen van openbare orde, gezondheid of veiligheid, zou de betrokkene onvoorwaardelijk terug toegelaten moeten worden in het eerste land, als hij daar minder dan twee jaar afwezig is geweest. Bij werkloosheid gedurende meer dan drie maanden in het tweede land zou hij mits voorlegging van voldoende bestaansmiddelen verplicht opnieuw toegelaten moeten worden tot het eerste land. Bij een afwezigheid van minder dan twee jaar zou hij onvoorwaardelijk weer moeten worden toegelaten.

**126.** De praktische gevolgen van het Voorstel moeten evenwel gerelativeerd worden: slechts weinig derdelanders zullen er gebruik van maken, aangezien vooralsnog ook slechts weinig EU-onderdanen er gebruik van maken. Door de verblijfs- en tewerkstellingsvereiste zijn bovendien jongeren en ouderen uitgesloten.

**127.** Een Aanbeveling van 2000<sup>299</sup> herhaalt de doelstelling om recht op vrij verkeer te verlenen aan vreemdelingen die sinds vijf jaar verblijf houden in een EU-Lidstaat, met uitsluiting van studenten. Familieleden worden naar de bewoordingen van de Aanbeveling niet bevoorrecht maar aan eenzelfde verblijfsduurvereiste onderworpen. De aangekondigde<sup>300</sup> Richtlijn van de Europese Commissie betreffende de status van langdurig ingezeten onderdanen van derde landen laat vooralsnog op zich wachten.

#### **- Andere voorstellen**

**128.** In een aanbeveling van 1988 beoogde de Raad van Europa nog de familieleden van een EER-onderdaan van bij de aanvang van hun verblijf een onafhankelijk verblijfsrecht te gunnen<sup>301</sup>. Sindsdien is dit Voorstel

<sup>299</sup> Recommendation Rec(2000)15 concerning the security of residence of long-term migrants", 13 september 2000, besproken en opgenomen door K. GROENENDIJK, "Versterking rechtspositie van lang gevestigde vreemdelingen", *M.R.* (Ndl.) 2001, 11-17. Hierover ook: Resolutie Europees Parlement, "Report on behalf of the European Parliament's Committee on Citizens' freedoms and rights, Justice and Home Affairs, on the European Commission's proposal for a Council Directive on the Status of residents of long duration who are citizens of third countries", *Migr NS*, 5 februari 2002 en maart 2002. Het V.K., Denemarken en Ierland hebben zich alvast gedistantieerd van het voorstel.

<sup>300</sup> Aangekondigd in een Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement van 30 november 2000, COM (2000)782; zie Voorstel voor een Richtlijn betreffende de status van langdurig ingezeten onderdanen van derde landen, COM(2001) 127 def, 2001/0074, Brussel, 13 maart 2001; zie ook reeds Resolutie Raad van Ministers 4 maart 1996, *Pb. EG* 1996 C 80/2; Voorstel Commissie van 27 juli 1998 voor een reglement van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van regl. 1612/68 betreffende de vrijheid van verkeer van werknemers binnen de EU, COM (1998) 394 final, 98/229 (COD), *Pb. C.* 1998, 344/9.

<sup>301</sup> In de huidige regeling volstaat een samenleving van enkele maanden niet om te voldoen aan de voorwaarde van samenleving: R.v.St. nr. 32.275, 20 oktober 1989, *R.A.C.E.* 1989; R.v.St. nr. 33.452, 24 november 1989, *R.A.C.E.* 1989; R.v.St. nr. 33.852, 19 januari 1990, *R.A.C.E.* 1990; R.v.St. nr. 35.752, 31 oktober 1990, *R.A.C.E.* 1990; R.v.St. nr. 35.769, 31 oktober 1990, *R.A.C.E.* 1990; R.v.St. nr. 36.965, 3 mei 1991, *R.A.C.E.* 1991; R.v.St. nr. 49.497, 6 oktober 1994, *R.A.C.E.* 1994; R.v.St. nr. 53.030, 24 april 1995, *Rev. dr. étr.* 1996, 39, *T. Vreemd.* 1996, 19 (verenigbaar met art. 8 E.V.R.M.).



begrijpelijkwijze definitief opgeborgen.

In 1990 lanceerde het Europees Parlement reeds het voorstel om art. 10 Regl. 1612/68 aan te passen in die zin dat ook aan de buitenhuwelijkse partner een recht op gezinshereniging zou worden verleend en dat deze tevens na het overlijden van de gezinshereniger recht op voortgezet verblijf zou genieten<sup>302</sup>.

**129.** De meest recente initiatieven zijn de Aanbeveling (2000)<sup>15</sup> van de Raad van Europa van 26 maart 2002 "on the legal status of persons admitted for family reunification" en het Voorstel van de Raad voor een Richtlijn inzake het statuut van onderdanen van derde landen met langdurig verblijf<sup>303</sup>. Beide documenten beogen derdelanders met langdurig verblijf een onafhankelijk verblijfsrecht te bieden, evenals bescherming tegen uitzetting en een soepele toegang tot de nationaliteitsverwerving. Het Voorstel ligt in het verlengde van de hierboven besproken voorstellen.

**\* Moet de rol van de E.U. worden gerelativeerd?**

**130.** Meerdere auteurs relativeren het belang van het EU-recht in dit verband, aangezien de Raad, evenals het Hof van Justitie<sup>304</sup>, slechts de punten overneemt waarover een *consensus* bestaat tussen de Lidstaten. De pogingen van de Commissie om verder te gaan, bleken tot nog toe tevergeefs<sup>305</sup>. Niettemin vervult gezinshereniging een steeds belangrijker rol in het immigratierecht van de Europese Lidstaten.

Een Europese harmonisatie van definities en criteria is aangewezen<sup>306</sup>, maar figureert vooralsnog niet in de voorliggende voorstellen<sup>307</sup>. O.i. dienen

<sup>302</sup> PB.C. 68/88 van 19 maart 1990.

<sup>303</sup> Doc. 501PC0127, weergeg. in A.D.D.E., *Loi du 15 décembre 1980. Séjour des étrangers. Bilan et perspectives. Colloque 23-24 octobre 2002, Bruxelles*, Brussel, A.D.D.E., 2002, 133. In een eerste stap heeft de Raad met een Verordening van 28 mei 2001 aangenomen dat een nationaal visum voor een verblijf van langer dan drie maanden de houder ervan niet alleen een recht op doorreis over het grondgebied van andere Lidstaten biedt, maar tevens recht op kort verblijf in een ander Lidstaat, tenzij het visum niet voldoet aan de Schengenvereisten of de betrokkene als gevaarlijk staat gesignaleerd: Verord. nr. 1091/2001 van de Raad inzake vrij verkeer met een visum voor verblijf van langere duur, PB. L. 6 juni 2001, 150, 4.

<sup>304</sup> De openheid voor sociale ontwikkelingen die in het arrest-Reed nog aanwezig leek, heeft vooralsnog weinig vruchten afgeleverd. Bovendien hebben de vonnissen en arresten slechts relatief gezag van gewijsde: R. ABRAHAM, "Les juridictions françaises et la Convention européenne des droits de l'Homme", in H. FULCHIRON, *l.c.*, 43.

<sup>305</sup> N. BERGER, *o.c.*, 128; J.L. CLERGERIE, "L'absence d'une véritable politique européenne de l'immigration", *Revue du droit public (fr.)* 1999, 35-47. Zie ook C.D. DE JONG, "Het recht van vreemdelingen op eerbieding van het gezinsleven: rechtsvergelijking", *N.J.C.M.* 1994, 53: de trend gaat duidelijk in de richting van een strenger beleid.

<sup>306</sup> N. BERGER, *o.c.*, 245-246; J.Y. CARLIER, "Pour une politique migratoire humaine, *Ann. Dr. Louv.* 1999, 223-244; FR. CREPEAU en J.Y. CARLIER, "Intégration régionale et politique migratoire", *J.D.I.* 1999, 953-1019; P. BOELES, "Nederland en toekomstig Europees gezinsherenigingsrecht", *M.R.* 2000, 179-187; I. SEWANDONO, "De gezinsherenigingsrichtlijn. Na Vw. 2000 volgt Vw. 2002", *M.R.* 2001, 36-39.

<sup>307</sup> Bv. in het Commissievoorstel: de vraag of met 'geen enkele andere gezinssteun' slechts het

toekomstige harmonisatiepogingen te gebeuren in het licht van de huidige jurisprudentie in dit verband. Niets belet de Europese wetgever weliswaar om terug te komen op zgn. jurisprudentiële verworvenheden, zolang daarbij verworven rechten worden geëerbiedigd. We menen niettemin dat het is aangewezen om systematisch een kritische houding aan te nemen tegenover Europese regulering die jurisprudentiële verworvenheden op de helling zet<sup>308</sup>. Deze jurisprudentie steunt immers op een interpretatie van fundamentele normen.

---

kleine gezin of daarentegen de grote familie wordt bedoeld; de vraag of de gezinshereniging voor bloedverwanten van niet-begeleide minderjarige vluchtelingen, ook al komen ze niet ten laste, reeds toegestaan kan worden tijdens de erkenningsfase. Hoe ruim werkt het gezinsconcept van art. 6 dat toelaat dat bij gebreke aan ouders, andere 'gezinsleden' het kind vervoegen? art. 15 bepaalt dat ingeval van intrekking of niet-verlening van een verblijfstitel, alsmede in geval van een verwijderingsmaatregel tegen de gezinshereniger of leden van diens gezin "de Lidstaten naar behoren rekening houden met de aard en de hechtheid van de gezinsbanden van de betrokken persoon en met de duur van zijn verblijf in de Lidstaat, alsmede met het bestaan van gezins-, culturele of sociale banden met zijn land van herkomst". Het is onduidelijk of dat ook gebeurt in geval van ontbinding van de gezinsband en bij fraude (zie ook overweging 22 meest recente versie). Wat verstaat men onder een afweging van de banden met het land van oorsprong en die met het land van gezinshereniging als bv. drie familieleden in het ene land en drie in het land van oorsprong verblijven? Wat dient onder Europese openbare orde te worden verstaan: L.-E. PETTITI, in H. FULCHIRON, o.c., 30 resp. 36.

<sup>308</sup> In dezelfde zin: B.V. COSTA, "The Quest for a Consistent Set of Rules Governing the Status of non-Community Nationals", in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, 412: "it may clearly be seen that the action taken by the Community to eliminate the precariousness of the legal position of aliens residing and working within its territory is inexcusably inadequate". De auteur pleit evenwel voor een Europees gezinsherenigingsbeleid dat de Lidstaten hogere ruimte laat voor soepelere bepalingen en voor een recht op vrij verkeer voor derdelanders eenmaal ze wettig zijn binnengekomen in een EER-Lidstaat. Een gelijkaardig pleidooi, zij het na een verblijf van vijf jaar, vinden we terug in: C. CURTIN, C. DENYS, M. GEURTS, K. GROENENDIJK, A. ROOS en H. STAPLES, "Draft regulation on freedom of movement for workers within the European Community for third-country nationals with long term residence in one member state", in X., *Free Movement for non-EC-Workers within the European Community*, Utrecht, Nederlands centrum buitenlanders, 1997, 31. Zie ook resolutie Europees Parlement 5/10/1995, PB. C. 296/13, 10 november 1995: gelijke behandeling in het kader van vrij verkeer voor werknemers is een eerste stap naar volledige gelijkberechtiging, en vormt een belangrijk instrument in de strijd tegen racisme en xenofobie; Raad voor justitie en binnenlandse aangelegenheden, 29 juni 1994, resolutie betreffende beperkingen op de toelating van derdelanders tot Lidstaten voor tewerkstelling, CM 94-070/5, EC Bull. 6-1994, 1.4.5., toont zich bereid om derdelanders met permanent wettig verblijf het recht te verlenen om in een andere Lidstaat toegelaten te worden; final report from the Consultative Commission on Racism and Xenophobia to the permanent Representatives Committee/General Affairs Council 23 mei 1995, 6906/1/95, 43-45. Zie ook, met het argument dat de logica van de interne markt inhoudt dat de uitoefening van bepaalde rechten niet mag worden beperkt op grond van nationaliteit, bv. de toegang tot de arbeidsmarkt van een Lidstaat als de derdelander reeds een permanente verblijfstitel heeft in een andere Lidstaat: mededeling Commissie aan Europees Parlement en Raad betreffende migratie (SEC(91) 803/5), COM(91)1855; Mededeling Commissie aan Raad en Europees Parlement betreffende het immigratie- en asielbeleid: COM(94) 23 final; Witboek 27 juli 1994 inzake het Europese Sociaal Beleid - a way forward for the Union (COM(94) 333 final), bepleit een progressieve gelijkschakeling.

**\* De corrigerende werking van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie**

131. Bovendien moet steeds worden nagegaan of de bepalingen verenigbaar zijn met mensenrechtelijke bepalingen<sup>309</sup>, zoals de bescherming van het gezinsleven. Met het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie maakt dit grondrecht nog explicieter deel uit van de Europese rechtsorde dan voorheen reeds het geval was via een samenlezing van art. 6 E.G.-Verdrag en art. 8 E.V.R.M.<sup>310</sup>. Het Handvest beschermt in art. 9 het "recht om te huwen en het recht om een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van deze rechten beheersen". De formulering laat – i.t.t. die van het E.V.R.M. – toe te besluiten tot twee afzonderlijke rechten. Op die manier wordt het mogelijk om beide als afzonderlijke rechten te lezen, en niet langer – zoals tot op vandaag gebeurt in een lezing van art. 12 E.V.R.M. – als noodzakelijk verbonden. Dit kan perspectieven openen voor de erkenning van homoseksueel gezinsleven<sup>311</sup>.

<sup>309</sup> Een internationaal verdrag i.v.m. mensenrechten is niet zomaar 'een' internationaal verdrag en primeert op de andere: R. ABRAHAM, "Les juridictions françaises et la Convention européenne des droits de l'Homme", in H. FULCHIRON, o.c., 48; S. GRATALOUP, "L'étranger né ou résidant depuis sa naissance en France", in H. FULCHIRON, o.c., 117; zie ook o.m. Cons. d'E. fr. 22 mei 1992, *Rev. dr. publ.* 1992, concl. R. ABRAHAM, 1793.

<sup>310</sup> Ingevolge opinie 2/94 van het H.v.J. (1996 ECR I-1759 § 35) kan toetreding van de E.U. tot het E.V.R.M. slechts "by way of Treaty amendment" wegens zijn "constitutional significance". Pleidooien voor dergelijke toetreding: Aanbeveling 1479 (2000) van 29 september 2000 van de Parlementaire Vergadering Raad van Europa, doc. 8819; Rapport Commissie van juridische vragen en mensenrechten; Aanbeveling 1439 (2000) van 25 januari 2000, doc. 8611; Resolutie 1068 (1995) van 27 september 1995; Mededeling Commissie van 19 oktober 1990, CSE (90) 2087 final; Memorandum betreffende de toetreding van de E.G. bij het E.V.R.M. van 4 april 1979, *Bull. EG*, suppl. 2/79; Resolutie EP nr. A5-0064/2000 van 16 maart 2000 betreffende de uitwerking van een Handvest van fundamentele rechten van de EU; Comité der Wijzen, Rapport 1998 betreffende de politiek van de mensenrechten in de Europese Unie. Meer hierover: H.C. KRUGER EN J. POLAKIEWICZ, "Propositions pour la création d'un système cohérent des droits de l'homme en Europe", *RUDH* 2001, 30 oktober 2001, 4; M. NOWAK, "Human Rights 'Conditionality' in Relation to Entry to, and full Participation in, the EU", in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, 687-689 en 697-698; G. GAJA, "New instruments and institutions for enhancing the protection of human rights in Europe?", in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, 793-800 (verkiest de eerste weg; een parallelle regeling met die van de Raad van Europa kan slechts onduidelijkheden inzake reikwijdte en interpretatie veroorzaken); B. DE WITTE, "The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights", in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, 889-892; M.C. BURKENS, "Gemeenschapsrecht en het E.V.R.M.", in INSTITUUT VOOR STAATS- EN BESTUURSRECHT (ed.), *EG en grondrechten. Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, 71-94; M.J. REDOR, "La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux", en J.M. LARRALDE, "Convention européenne des droits de l'homme et jurisprudence communautaire", in S. LECLERC, J.F. AKANDJI-KOMBE en M.J. REDOR (ed.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Brussel, Bruylant, 1999, 15-30 resp. 105-135; D. ROUGET, *Le guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Lyon, La Pensée sauvage, 2000, nr. 437; J.F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2001, 376; G. COHEN-JONATHAN, *La protection internationale des droits de l'homme. I. Europe*, Paris, Documentation française, 1989, 51.

<sup>311</sup> Cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 5 (impliciete grondvereisten), randnrs 14-16 en 49 en deel 3B (buitenhuwelijkse tweerelaties), hoofdstuk 3, randnr. 35.

**132.** Het gezinsleven geniet bescherming in art. 7 Handvest. Het Handvest verwoordt tevens de mogelijkheid om een recht op vrij verkeer voor derdelanders in te stellen<sup>312</sup>. Art. 15.3 stelt bovendien dat derdelanders die werken op het grondgebied van de Lidstaten recht hebben op arbeidsvoorwaarden die gelijkwaardig zijn aan die welke de burgers van de Unie genieten. Onder die voorwaarden mogen o.i. de mogelijkheden inzake gezinsleven worden begrepen. Dergelijke interpretatie zou impliceren dat de derdelander-werknemer gebruik kan maken van de regeling voor bevoorrechte vreemdelingen. Uit de moeizame ontwikkeling van een Europese migratiepolitiek blijkt dat dit niet de bedoeling kan zijn geweest.

Wél kan het Hof van Justitie ingevolge het Handvest alvast niet langer stellen dat de materie van de gezinshereniging buiten de gemeenschapsbevoegdheden valt. Een stemming van de Gezinsherenigingsrichtlijnen is m.a.w. geen noodzakelijke voorwaarde opdat het Hof zich met de materie zou kunnen inlaten.

Uit de voorgaande bespreking blijkt evenwel voldoende duidelijk dat van het Hof van Justitie vooralsnog geen baanbrekende uitspraken moeten worden verwacht m.b.t. het recht van familieleden van derdelanders om hun gezinsleven over de landsgrenzen heen voort te zetten.

## **D.2. EEN ONGELIJKE BEHANDELING VAN E.U.-ONDERDANEN EN GELIJKGESTELDEN OP GROND VAN DE RELATIEVORM: OOK NAAR E.U.-RECHT IS EEN BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE NIET STEEDS GEZINSLEVEN DAT RECHT GEEFT OP GEZINSHERENIGING**

**133.** Naast een ongelijke bescherming op grond van de nationaliteit van de gezinshereniger, vormt ook de aard van de relatie een grond van ongelijke behandeling.

Vooralsnog wordt slechts juridisch gezinsleven beschermd. Voorziet een Lidstaat in een statuut voor ongehuwde samenwoners, dan is hij overigens niet verplicht om daar een grensoverschrijdende regeling aan te koppelen. Bijgevolg moet ook niet systematisch worden voorzien in een recht op gezinshereniging voor concubanten.

**134.** Uit art. 7 en 39 EG-verdrag en art. 7 regl. 1612/68<sup>313</sup> volgt wél dat voor een EU-onderdaan geen nadeligere regeling kan gelden dan voor de eigen onderdanen van de betreffende Lidstaat. Kent de Staat bepaalde rechten toe aan de eigen onderdanen, zoals een recht op gezinshereniging voor de buitenhuwelijkse buitenlandse partner van een eigen onderdaan, dan moet hij

<sup>312</sup> P.J. VAN KRIEKEN, *The migration acquis handbook*, Den Haag, TMC Asser Press, 2001, 19.

<sup>313</sup> H.v.J. nr. 59/85, arrest-Reed, 17 april 1986, *T. Vreemd.* 1986, 27; R.v.St. nr. 23.496, 23 september 1983, *R.A.C.E.* 1983, 1703. Het reglement van 1968 werd voorafgegaan door een eerste regeling inzake gezinshereniging bij Reglement nr. 15 en uitvoerende richtlijn van 16 augustus 1961 van de Raad van de EEG, *Pb. L.* 26 augustus 1961, 1073 en 13 december 1961, 1513 en door het reglement nr. 38/64 van 25 maart 1964.

hetzelfde doen voor een werknemer uit een andere Lidstaat.

**135.** Het Hof van Justitie stelt voorsnag dat een verschillende behandeling op grond van seksuele voorkeur niet valt onder zijn controlebevoegdheid op het verbod van discriminatie op grond van geslacht<sup>314</sup>. Het ziet ernaar uit dat dat uitgangspunt nog lange tijd dienst zal doen om op Europeesrechtelijk vlak alvast geen stappen te zetten in de richting van een recht op gezinshereniging voor buitenhuwelijkse partners<sup>315</sup>. Meerdere pogingen daartoe hebben reeds op verzet gestuit<sup>316</sup>. De Lidstaten zijn ook in dit verband voorsnag slechts onderworpen aan de genoemde negatieve verplichting om andere EU-burgers niet minder gunstig te behandelen dan eigen onderdanen<sup>317</sup>.

**136.** Art. 13 van het Verdrag van Amsterdam, dat de Europese Raad de bevoegdheid verleent om elke vorm van discriminatie te bestrijden, lijkt

<sup>314</sup> H.v.J., arrest-Grant t. South West Trains, 17 februari 1998, C-249/96, *Arr. H.v.J.* 1998, I, 621; bevestigd door Rb. van eerste aanleg Luxemburg 28 januari 1999, D. t./ Raad EU-264/97, <http://curia.eu.int/jurisp>. Tegen het laatste vonnis is evenwel een beroep hangende: zaak-C-122/99 P en C-125/99 P, D en Zweden t./ Raad EU; hierover: B. GUIGUET, "Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe", *C.D.E.* 1999, 564; E. BRIBOSIA en A. WEYEMBERGH, "Le transsexualisme et l'homosexualité dans la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme et des juridictions communautaires", *Revue de droit de l'ULB* 1999, 29.

<sup>315</sup> Tot nog toe wierp slechts de Commissie-Veil, een werkgroep van vooraanstaande deskundigen in de materie van het vrij verkeer van personen, op dat in een algemene gelijkberechtiging van de buitenhuwelijkse partner moet worden voorzien, gezien de onmiskenbare sociale evoluties: Verslag aan de Commissie van 18 maart 1997, COM (1997) 586 def., 12 november 1997. De commissie lijkt evenwel geen groot gezag uit te stralen in het Europese Parlement: "Parliament denounces as 'wishful thinking' the action plans drawn up by the High-Level Group on Asylum and Migration", *Migr.N.S.* januari 2000, 1.

<sup>316</sup> Zie o.m. volgende afgewezen pogingen: Rapport in naam van de Commissie voor sociale zaken, tewerkstelling en werkmilieu betreffende de richtlijn inzake verblijfsrecht, EP A3-133/90, 31 mei 1990; Rapport Commissie Jeugd, EP A3-141/90, Syn 199, 29 p.; Rapport Commissie juridische zaken en rechten van de burgers, EP A3-124/90, 28 mei 1990, 17 p. Zie ook in beperktere mate: Commissie, COM (88) 81 E Final Syn 185, *P.B. C.* 21 april 1989, nr. 100, 6 (gewijzigd door de Commissie: zie *P.B. C.* 15 mei 1990, nr. 119, 10 en *P.B. C.* 18 juli 1990, nr. 177, 40; herzien door het Europees Parlement: zie *P.B. C.* 19 maart 1990, nr. 68, p. 88: verplicht recht op gezinshereniging voor buitenhuwelijkse partners als de betreffende Lidstaat een dergelijk recht reeds voorziet voor de eigen onderdanen). Zie ook het huidige Commissievoorstel voor een gezinsherenigingsrichtlijn (*cf. infra*). Over de waarschijnlijkheid dat het Hof van Justitie het Nederlandse homohuwelijk niet zal gelijkstellen aan de notie 'huwelijk' in de Richtlijn: I. SEWANDONO, "De gezinsherenigingsrichtlijn. Na Vw. 2000 volgt Vw. 2002", *M.R.* (Ndl.) 2001, 39.

<sup>317</sup> H.v.J., arrest-Reed nr. 89/85, §15: "l'article 10 § 1 du règlement 1612/68 ne peut être interprété en ce sens qu'un partenaire ayant une relation stable avec un travailleur ressortissant d'un Etat membre employé sur le territoire d'un autre état-membre doit être assimilé sous certaines conditions au 'conjoint' visé par cette disposition". De Commissie heeft in 1998 een voorstel ingediend dat het genoemde beginsel een wettelijke grondslag zou verlenen: Com 394 (1998) fin. H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Familiehereniging in Europa. Werk in de Raad van Europa en de EU", in M.C. FOLETS (e.a.), *Migratie en Migrantenrecht* deel 7 (2002), 262 e.v., bespreekt dit voorstel en meent dat de voorgestelde bepaling beter in art. 7 i.p.v. in art. 10 zou worden ingebracht. Art. 10 betreft immers situaties waarin de burger een recht heeft op gezinshereniging. Het is geen goed idee om vervolgens een bepaling in te voegen die een keuzerecht laat aan de Staten en hen daarbij slechts tot een consequente aanpak dwingt.

vooralsnog geen bijkomende stimulans te bieden om te komen tot een (verplicht unanieme) regeling<sup>318</sup>. Een ernstige beperking van het artikel is alvast dat het onderhevig blijft aan het subsidiariteitsbeginsel: de EU mag zich slechts inlaten met een bepaalde materie voor zover de doelstellingen niet op voldoende wijze kunnen worden verwezenlijkt door de Lidstaten afzonderlijk. Meerdere Lidstaten hebben zich in de voorliggende kwestie van gelijke rechten voor buitenhuwelijkse partners reeds ingedekt door te stellen dat regels betreffende de burgerlijke staat onder geen enkel beding mogen worden geïnterpreteerd als uitingen van een indirecte discriminatie<sup>319</sup> gesteund op seksuele voorkeur<sup>320</sup>.

De stelling van het Hof van Justitie dat de evolutie van de wetgeving in de Lidstaten mee in rekening moet worden genomen bij de beoordeling van een vraag naar discriminatie<sup>321</sup>, geeft impliciet aan dat de Europese instanties het initiatief overlaten aan de Lidstaten<sup>322</sup>.

**137.** Dat blijft ook zo onder de nieuwe Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander. Deze laat de Lidstaten volledige beslissingsvrijheid<sup>323</sup>. Staat een Lidstaat gezinshereniging toe in het geval van een relatie die door een andere Lidstaat niet als gezinsleven wordt beschouwd, dan kan die laatste Staat de betrokken partner de toegang tot het eigen grondgebied weigeren, indien die de gezinshereniging zou willen volgen wanneer die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer<sup>324</sup>. Dergelijke bepaling staat o.i. het streven naar harmonisatie, doelstelling van de Richtlijn, beduidend in de weg. We herhalen evenwel: de richtlijn lijkt in zijn definitieve versie in niets nog op een harmonisatiepoging.

**138.** De Commissie vrijheden en rechten van de burger, justitie en binnenlandse zaken van het Europees Parlement heeft op 23 januari 2003 in een Ontwerpwetgevingsresolutie enkele amendementen voorgesteld op het voorstel voor een Richtlijn inzake gezinshereniging bij een Unieburger. Deze amendementen waren gericht op een gelijke behandeling als gehuwden voor

<sup>318</sup> Meer over deze bepaling: L. FLYNN, "The implications of article 13 E.C. – after Amsterdam, Will some Forms of Discrimination Be more Equal than Others?", *Common Market Law Review* 1999, 1127-115; M. BELL, "The new article 13 E.C.-Treaty: a Sound Basis for European Anti-Discrimination Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1999, 5-23.

<sup>319</sup> Voor een definitie van dit begrip: o.m. H.v.J. 21 september 2000, C-124/99, *J.T.T.* 2001, 241.

<sup>320</sup> A. WEYEMBERGH, "Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial", *Rev. dr. étr.* 2000, 8.

<sup>321</sup> "...en l'absence de toute évolution sociale d'ordre général qui justifierait une interprétation extensive": H.v.J., arrest-Reed, §15 e.a.

<sup>322</sup> Zie o.m. de voorzichtigheid in het arrest-Grant, waarbij wordt verwezen naar de afwezigheid van een Europese consensus; zie ook Ger. 17 juni 1993, Arauxo-Dumay, nr. 65/92, *Jur. H.v.J.* 1993, II, 607, §30: geen extensieve interpretatie van het EU-recht mogelijk.

<sup>323</sup> Wordt evenwel gezinshereniging toegestaan aan buitenhuwelijkse partners, dan moet bij de bepaling of er een duurzame buitenhuwelijkse relatie bestaat (als die vereiste wordt opgelegd), minstens in het voordeel van de partners (aangezien soepelere bepalingen altijd kunnen, interpreteren we dit als een minimumvereiste, m.a.w. in het voordeel van de partners) rekening worden gehouden met factoren als een gezamenlijk kind, samenwoning in het verleden, registratie van het partnerschap en andere betrouwbare bewijsmiddelen.

<sup>324</sup> Overweging 10 Aanhef bij Richtlijn.

enerzijds personen met een geregistreerd partnerschap en anderzijds alle samenwoners die “volgens de in het gastland en/of de lidstaat van herkomst gangbare wetgeving of praktijk op dezelfde wijze worden behandeld als gehuwde paren”. Hiermee zou verder worden gegaan dan de huidige jurisprudentie van het Hof van Justitie.

De Europese Commissie heeft evenwel gemeend dat dergelijke formulering de Lidstaten ertoe zou verplichten bepaalde samenlevingsvormen familierechtelijk te erkennen. Dat rechtsdomein behoort vooralsnog niet tot de bevoegdheid van de E.U.

Daarom heeft ze het voorstel herschreven in die zin dat partners in een geregistreerd partnerschap of in een “naar behoren gestaafde duurzame relatie” slechts als gezinslid moeten worden beschouwd indien de wetgeving van het gastland “de situatie van niet-gehuwde paren erkent en met inachtneming van de bij deze wet gestelde voorwaarden”. Het is niet meteen duidelijk wat met “de situatie”, “de wetgeving” (verblijfswet, familiewet, één naar keuze of beide samen?) en met “erkennen” wordt bedoeld, evenals welke bijkomende wettelijke vereisten mogen worden opgelegd: vereisten m.b.t. het familierechtelijke statuut en/of vereisten m.b.t. de toegang tot gezinshereniging<sup>325</sup>? De herformulering kan o.i. evenwel perfect de grenzen van het haalbare weergeven in de hiernavolgende lezing. De meeste Staten zijn bereid om een gezinssituatie te erkennen zodra deze geldig is ontstaan in toepassing van het nationaal familierecht van de betrokkenen en de openbare orde niet schendt, ook al kent het eigen familierecht die niet. De Commissie heeft hier rekening mee gehouden door te stellen dat een gelijke behandeling in beginsel is aangewezen zodra een concrete buitenhuwelijkse relatie wettelijk (we vermoeden: familierechtelijk) wordt erkend door de betrokken Staat. Desgevallend kan bijkomend worden vereist dat is voldaan aan enkele bijkomende vereisten alvorens gezinshereniging wordt toegestaan<sup>326</sup>. Het Voorstel blijft hier vaag over: hebben de toegelaten wettelijke voorwaarden slechts betrekking op de vereisten binnen het *familierecht* opdat een buitenlandse buitenhuwelijkse tweerelatie zou worden erkend of zijn bijkomende voorwaarden binnen het verblijfsrecht toegelaten (zoals bv. in de huidige Belgische regeling, ongeacht of de samenwoners al dan niet een burgerrechtelijk statuut hebben dat reeds meerdere financiële waarborgen biedt). Wij verkiezen dat strengere vereisten binnen het verblijfsrecht dan deze die

<sup>325</sup> Aangezien de vermelding “deze wet” verwijst naar de familiewet die de relatie al dan niet erkent, lijkt het erop dat voorwaarden uit het familierecht worden bedoeld. Het zou evenwel logischer zijn mocht men het hebben over bijkomende voorwaarden voor gezinshereniging. Zie ook hieronder ons voorstel in die zin. Buiten deze opmerking heeft de Commissie o.i. een prachtig staaltje van legistiek werk geleverd.

<sup>326</sup> De definitie is in dit verband niet volledig duidelijk. De toelichting bij het voorstel staat er te weinig bij stil om met volledige zekerheid te kunnen stellen dat onder “de wetgeving” zowel het familierecht als het verblijfsrecht kan worden verstaan. Wij menen dat dat het geval is, aangezien de tegengestelde visie tot gevolg zou hebben dat de definitie ofwel haast betekenisloos is (ingeval alleen het verblijfsrecht zou worden bedoeld), ofwel, ingeval alleen het familierecht wordt bedoeld, de Lidstaten zou verplichten om al hun huidige bijkomende verblijfsvoorwaarden voor buitenhuwelijkse samenwoners te schrappen (voor dergelijke vergaande verplichting is het klimaat o.i. nog niet rijp).

gelden t.a.v. gehuwden slechts zouden worden toegelaten voor zover het familierecht dat de gevolgen van de buitenhuwelijkse relatie bepaalt, niet gelijkaardige waarborgen biedt als in geval van huwelijk (bv. de voorwaarde van een wederzijdse bijdrage naar vermogen in de lasten van het huishouden, om te voorkomen dat de partner al te snel een beroep doet op sociale bijstand; of ruimer: het bewijs van voldoende bestaansmiddelen, als die ook voor gezinshereniging bij de huwelijkspartner worden gevegd). In de huidige formulering lijkt evenwel elke bijkomende voorwaarde toegelaten. Een burgerrechtelijke erkenning<sup>327</sup> zou m.a.w. slechts verplichten tot "een" regeling inzake gezinshereniging, hoe streng die ook is naar haar voorwaarden. De Richtlijn voorziet in dat verband, naast een *procedureel* gelijke behandeling als gehuwden, slechts in één effectieve *inhoudelijke* verplichting tot gelijke behandeling: een recht op voortgezet verblijf na beëindiging van de relatie, onder dezelfde voorwaarden als voor gehuwden.

We gaven het reeds aan: de huidige definitie is onduidelijk en daardoor onwerkbaar. We kunnen ons niet indenken dat de Lidstaten bereid zullen zijn om zich te onderwerpen aan de interpretatie van het Hof van Justitie, aangezien het Hof met deze definitie alle wegen opkan en voor serieuze verrassingen (lees: verplichtingen voor de Lidstaten) zou kunnen zorgen.

Contacten met de Europese Commissie bevestigen ons dat de definitie niet zal worden aangehouden en vermoedelijk weldra zal worden herleid tot een verplichting om enerzijds het Reed-beginsel na te leven<sup>328</sup> en anderzijds samenwoners in een geregistreerd partnerschap recht op gezinshereniging te verlenen. Het is onduidelijk of in het tweede geval nog zou worden toegelaten dat bijkomende vereisten worden gesteld, m.a.w. in hoeverre er ook een verplichting tot gelijke behandeling als gehuwden zou worden ingesteld.

**139.** Vermoedelijk zal het eindresultaat van de onderhandelingen m.a.w. niet méér zijn dan wat enkele andere voorstellen, m.n. het Dublin-II-voorstel (m.b.t. vluchtelingen) en het Commissievoorstel voor een verordening tot wijziging van Verordeningen 1612/68 en 68/360 in dit verband beogen: een algemeen recht op gezinshereniging voor samenwoners onder dezelfde voorwaarden als voor gehuwden, mits gehuwden en samenwoners in de betreffende Staat gelijkaardig worden behandeld.

Een Aanbeveling van de Raad van Europa van 26 september 2000 beoogt een volledige gelijkberechtiging van homo- en heteroseksuelen op het vlak van sociale rechten en verblijfsrecht, maar pleit niet gelijktijdig voor een recht op gezinshereniging voor samenwoners. De Aanbeveling wekt de indruk dat een

<sup>327</sup> Elke Lidstaat is volledig vrij om in zijn verblijfsrecht al dan niet een regeling te treffen voor samenwoners die geen burgerrechtelijk statuut hebben of waarvan dergelijk statuut niet wordt erkend.

<sup>328</sup> Een verwijzing naar het Reed-beginsel kwam reeds voor in een eerdere, minder vergaande versie van het Voorstel: PB. C. 27 augustus 2002, afl. 203 E/136 (COM(2002) 225 final – 1999/0285 (CNS)).



homohuwelijk als minstens even goede oplossing zou kunnen worden gehanteerd. Over een recht op gezinshereniging voor heteroseksuele samenwoners wordt niet gesproken.

## E. INTERNATIONALE BEPALINGEN ZONDER RECHTSTREEKSE WERKING

**140.** Meerdere internationale organisaties hebben in Verdragen, Resoluties, Verordeningen, Aanbevelingen en Richtlijnen neerslag gegeven aan hun bekommernissen op het vlak van gezinshereniging. De bepalingen zijn evenwel loutere intentieverklaringen, die niet afdwingbaar zijn in de interne rechtsorde van de betrokken Verdragsstaten.

**141.** Om een beeld te scheppen van de verspreidheid van de aandacht voor een waardige beleving van het gezinsleven en van de klemtonen die terzake worden gelegd, maar anderzijds ook van de terughoudendheid om geen afbreuk te doen aan de staatssoevereiniteit in de materie, geven we een beknopte opsomming van de belangrijkste punten waarover een aantal organen zich ter zake reeds – zij het in louter beginselmatige termen – hebben uitgesproken. De betreffende instellingen zijn de Raad voor Veiligheid en Samenwerking in Europa<sup>329</sup>, de V.N.<sup>330</sup>, de I.A.O.<sup>331</sup> en de Raad van Europa<sup>332</sup>. Ook de Raad van

<sup>329</sup> Slotakte van Helsinki van 1 augustus 1975 betreffende de veiligheid en samenwerking in Europa; slotdocument beraad van Wenen 15 januari 1989; Handvest van Parijs van 21 november 1991: meer hierover: GISTI, o.c., 1993, 22-23. Zie ook Resolutie 886 van 6 oktober 1987 "on the Conference on Security and Co-operation in Europe", [www.stars.coe.fr](http://www.stars.coe.fr): "Emphasising that it is necessary to implement more effectively undertakings concerning human rights, such as (...) family reunification".

<sup>330</sup> Algemene bepaling inzake het recht op familieleden: art. 16 U.V.R.M.; V.N.-Verdrag van 18 december 1990 ter bescherming van de rechten van alle migrantenwerknemers en hun familieleden (nog door geen van de verdragsstaten geratificeerd): art. 35 en 79 laten het gezinsherenigingsrecht expliciet over aan de soevereiniteit van de verdragsstaten. De enige beperking die het verdrag ter zake oplegt, staat vermeld in art. 39: " §1. Migrant workers and members of their families shall have the right to liberty of movement in the territory of the state of employment and freedom to choose their residence there. §2. The rights mentioned in paragraph 1 ... shall not be subject to any restrictions except those that are provided by law, are necessary to protect national security, public order, public health or morals, or the rights and freedoms of others and are consistent with the other rights recognized in the present convention".

<sup>331</sup> Art. 4 Aanbeveling nr. R(83)1 "du comité des ministres aux états-membres relative aux nomades apatrides ou de nationalité indéterminée" (houdt een aansporing in voor de Lidstaten om gezinshereniging te bevorderen). Art. 13 van het niet geratificeerde (en door België zelfs niet ondertekende) verdrag nr. 143 van 4 juni 1975 sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants; art. 8 verdrag nr. 97 van 1 juli 1949 concernant les travailleurs migrants; aanbeveling nr. 86 van 1949 concernant les travailleurs migrants; aanbeveling nr. 100 van 1 juni 1955 concernant la protection des travailleurs migrants dans les pays et territoires insuffisamment développés (meer hierover in RAAD VAN EUROPA, *Migrantworkers and their families. Protection within the European Social Charter*, Straatsburg, Raad van Europa, 1996, 115-116; art. 15 Aanbeveling nr. 151 van 4 juni 1975 (in ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Conventions et recommandations internationales du travail*, II, Genève, Bureau International du Travail, 958) onderwerpt gezinshereniging aan de voorwaarde van een geschikte woning die voldoet aan de normaal toepasselijke vereisten t.a.v. nationale werknemers. Art. 13.2 en 16 wijzen op de positieve verplichting van de verdragsstaten om inzake huisvesting rekening te houden met de behoeften

de EU heeft, naast meerdere bepalingen met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, reeds meerdere beginselverklaringen op zijn naam staan<sup>333</sup>.

**142.** De betreffende bepalingen hanteren een verschillende definitie van het begrip 'familie'. Waar bepaalde slechts de echtgenoot<sup>334</sup> en minderjarige

van arbeidsmigranten en hun families. Wordt gezinshereniging niet toegestaan, dan moet de betrokken familieleden wel een bezoekrecht worden gegend, die minstens de duur van betaald verlof bedraagt: art. 17b.

<sup>332</sup> Art. 19.6 Europees Sociaal Handvest van 18 oktober 1961, herzien in 1996: "zoveel mogelijk de hereniging van het gezin van een migrerende werknemer die toestemming heeft gekregen om zich op het grondgebied te vestigen, te vergemakkelijken". Het comité van onafhankelijke experts heeft verduidelijkt dat de staten zich hiermee hebben geëngageerd om een procedure tot gezinshereniging uit te werken. De voorwaarden die daarin voorkomen, mogen het engagement zijn inhoud niet ontnemen (GISTI, o.c., 1993, 27; M. NYS, *I.c.*, *Rev. dr. étr.* 1996). Het aanvullend protocol van 9 november 1995 waardoor collectieve klachten (door aangewezen NGO's) voor het comité van onafhankelijke experts kunnen worden gebracht, wat zou resulteren in een rapport en een aanbeveling van het comité van ministers, is nog niet in werking. België ondertekende het protocol nog slechts. De afdwingbaarheid van het verdrag laat dus nog te wensen over. Pettiti heeft ervoor gepleit om het Handvest via een protocol te integreren in het E.V.R.M.: L.-E. PETTITI, in H. FULCHIRON, o.c., 31; art. 12 Europees verdrag van 24 november 1977 houdende het juridisch statuut van de migrerende werknemer (de werkingssfeer van dit Verdrag heeft echter een drievoudige beperking: zij is niet door alle staten geratificeerd (slechts 8 ratificaties), betreft slechts werknemers (in loondienst) en is slechts van toepassing op werknemers die onderdaan zijn van de verdragssluitende staten (reciprociteitsvereiste); Resolutie nr. (78)33 van de Raad van Europa van 6 augustus 1978, meeting 289; Resolutie; Resolutie 1050 van 10 november 1994 "on Rwanda and the prevention of humanitarian crises"; Aanbev. 1151 van 24 april 1991 "on the reception and settlement of refugees in Turkey", Recommendation 1404 van 28 april 1999 "on the humanitarian situation of the Kosovo refugees and displaced persons"; Resolutie 1327 van 24 April 1997; Aanbev. 1348 van 7 november 1997 "on the temporary protection of persons forced to flee their country"; Aanbev. 1082 van 30 juni 1988 "on the right of permanent residence for migrant workers and members of their families".

<sup>333</sup> Resolutie Raad EG van 30 november 1994 inzake de beperking van de toelating van onderdanen van derde landen tot het grondgebied van de Lid-Staten met het oog op de uitoefening van een zelfstandige activiteit, *Pb. C.* 274, 19 september 1996, 7; Resolutie van de Raad van 4 maart 1996 betreffende de status van onderdanen van derde landen die langdurig op het grondgebied van de Lid-Staten verblijven, *PB. C.* 80, 18 maart 1996, 2 (gelijke behandeling van de vreemdeling en zijn gezinsleden met nationalen na een periode, door elke Lidstaat soeverein te bepalen, van maximum tien jaar. Het begrip 'gezin' werd evenwel niet nader gespecificeerd. In het toepassingsgebied van de resolutie werd daarentegen gesteld dat de uitgesloten gezinsleden als gezinsleden in de betekenis van het gemeenschapsrecht moeten worden opgevat); Resolutie van de Raad van 20 juni 1994 inzake de beperking betreffende de status van onderdanen van derde landen die langdurig op het grondgebied van de Lid-Staten verblijven, *PB. C.* 80, 18 maart 1996, 2; Art. 6 van de resolutie over de maatregelen ter bescherming van minderjarigen in de Europese Unie, *Pb. C.* 20, 20 januari 1997, 170 (Art. 3.1 en 5.3.a Resolutie van de Raad van 26 juni 1997 inzake niet-begeleide minderjarige onderdanen van derde landen, *PB. C.* 221 van 19 juli 1997, 23, stelt dan weer uitdrukkelijk dat de hereniging wordt beoogd van de minderjarige met zijn familie *in het land van oorsprong of in een derde land*); Art. 8 en 79 Resolutie over de eerbiediging van de rechten van de mens in de Europese Unie, 1995, *PB. C.* 132, 28 april 1997, 31; art. 24 Resolutie over de eerbiediging van de rechten van de mens, 1996, *PB. C.* 80, 16 maart 1998, 43. Art. 93 Resolutie over de eerbiediging van de rechten van de mens in de Europese Unie, 1994, *PB. C.* 320, 28 oktober 1996, 36, was nog voorzichtiger geformuleerd: 'maakt zich zorgen over de initiatieven die tot doel hebben het recht op gezinshereniging te beperken'. Art. 104 resolutie over de eerbiediging van de rechten van de mens in de Europese Unie, *PB. C.* 98, 9 april 1999, 279, daarentegen vermeldt nog slechts een recht op gezinshereniging voor de minderjarige asielzoeker.

<sup>334</sup> Het Europees Sociaal Handvest voorziet slechts sinds de herziening van 3 mei 1996 in een

kinderen, gemeenschappelijk<sup>336</sup> of van één van beide partners<sup>338</sup>, beschermen, al dan niet onder de bijkomende voorwaarde dat ze ten laste zijn<sup>339</sup> of ongehuwd en jonger dan een maximumleeftijd die door de Verdragsstaten zelf wordt bepaald tussen de leeftijd van 16 en 18 jaar<sup>340</sup>, beschermen andere bepalingen ook meerderjarige kinderen ten laste<sup>341</sup>, ascendenten ten laste<sup>342</sup>, andere familieleden<sup>343</sup> of onder bepaalde voorwaarden de buitenhuwelijkse partner<sup>344</sup>.

De meest opvallende bepaling betreft de aanbeveling van de Raad van Europa van 1988 die een ruim gezinsconcept hanteert, geen andere voorwaarde wenst op te leggen dan de voorwaarde van duurzaam verblijf van de verzoeker en aanbeveelt dat de familieleden een onafhankelijk verblijfsrecht zouden genieten van bij de aanvang van hun verblijf<sup>345</sup>.

**143.** Zoals we evenwel reeds aangaven, hebben deze verklaringen nauwelijks juridische relevantie. Het is opvallend hoezeer de geest van enerzijds intentieverklaringen en anderzijds (voorstellen tot) dwingende normen onderling verschilt, meer nog: elkaar tegenspreekt. Het lijkt erop dat slechts de voorstellen van Richtlijn die naar voren worden geschoven door de Raad van Europa en de

---

recht op gezinshereniging voor de echtgenoot van een vrouwelijke werknemer. Voorheen werd de bepaling terzake door het comité van onafhankelijke experts naar de letter geïnterpreteerd en genoot enkel de echtgenote van een mannelijke werknemer het recht.

<sup>336</sup> Art. 15 Aanbeveling nr. 86 I.A.O.; art. 15 Aanbeveling nr. 151 I.A.O.

<sup>338</sup> Aanbeveling Raad van Europa, 1988, nr. 1082/1988.

<sup>339</sup> Europees Sociaal Handvest van 18 oktober 1961: onder ten laste wordt verstaan: zij die niet onafhankelijk van de familie *kunnen* leven, om economische redenen of bv. voortzetting van onbetaalde studies of gezondheidsredenen (voorheen, i.e. tot de wijziging van 1996, genoot elk kind tot 21 jaar gezinsherenigingsrecht, mits het ten laste was, ongeacht of het reeds was gehuwd); verdrag nr. 143 I.A.O. van 4 juni 1975.

<sup>340</sup> Beginsel 9 Resolutie Raad EG van 30 november 1994; Beginsel 8 Resolutie van de Europese ministers belast met immigratiezaken van 1 juni 1993 betreffende de harmonisatie van de nationale beleidsmaatregelen inzake gezinshereniging, *onuitg.* (mits ze bovendien niet onafhankelijk leven: 'ni mener une vie indépendante').

<sup>341</sup> Aanbeveling Raad van Europa, 1988, nr. 1082/1988: mits ze een handicap of ziekte hebben.

<sup>342</sup> Art. 13 I.A.O.- verdrag nr. 143 van 4 juni 1975 (ouders ten laste); Art. 15 Aanbeveling nr. 151 I.A.O.; Aanbeveling Raad van Europa, 1988, nr. 1082/1988.

<sup>343</sup> Art. 15 Aanbeveling nr. 86 I.A.O.: mits 'bienveillance'; art. 44 V.N.-Verdrag van 18 december 1990 ter bescherming van de rechten van alle migrantenwerknemers en hun familie: slechts op humanitaire gronden.

<sup>344</sup> Aanbeveling Raad van Europa, 1988, nr. 1082/1988: mits die sedert meer dan een jaar met de rechtgevendende vreemdeling samenleeft; art. 44 V.N.-Verdrag van 18 december 1990 ter bescherming van de rechten van alle migrantenwerknemers en hun familie: 'les personnes ayant avec eux des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalents au mariage'.

<sup>345</sup> In de huidige regeling volstaat een samenleving van enkele maanden niet om te voldoen aan de voorwaarde van samenleving: R.v.St. nr. 32.275, 20 oktober 1989, *R.A.C.E.* 1989; R.v.St. nr. 33.452, 24 november 1989, *R.A.C.E.* 1989; R.v.St. nr. 33.852, 19 januari 1990, *R.A.C.E.* 1990; R.v.St. nr. 35.752, 31 oktober 1990, *R.A.C.E.* 1990; R.v.St. nr. 35.769, 31 oktober 1990, *R.A.C.E.* 1990; R.v.St. nr. 36.965, 3 mei 1991, *R.A.C.E.* 1991; R.v.St. nr. 49.497, 6 oktober 1994, *R.A.C.E.* 1994; R.v.St. nr. 53.030, 24 april 1995, *Rev. dr. étr.* 1996, 39, *T. Vreemd.* 1996, 19 (verenigbaar met art. 8 E.V.R.M.).

E.U.-initiatieven effectief tot wetgeving zullen leiden. Ook deze initiatieven hebben overigens nog een lange weg te gaan.

## F. BESLUIT

**144.** Het onderzoek van de aangehaalde internationaalrechtelijke bepalingen was ingegeven door twee doelstellingen.

**145.** Enerzijds laat de aanname dat art. 2, 7, 8, 9, 10 en 16 I.V.R.K. (...) directe werking hebben, ons toe het gezinsconcept van het Belgische gezinsherenigingsrecht te toetsen aan bepalingen met een concretere invulling dan de aangehaalde relevante bepalingen van het E.V.R.M. Het I.V.R.K. biedt bv. meerdere stimuli om een *connections approach* te hanteren en de striktere *elsewhere approach* te verlaten.

De *connections approach* vormt een evenwichtig equivalent voor ons voorstel om ook in het I.P.R., op het oog van een toepassing van het recht waarmee de betrokene de nauwste *banden* vertoont, aan te knopen bij het recht van de Staat van stabiel verblijf.

Het belang van het EU-recht en van andere internationale rechtsbepalingen in dit verband kan vooralsnog worden gerelativeerd. Een Europese harmonisatie van definities en criteria is aangewezen<sup>346</sup>, maar laat vooralsnog op zich wachten. De eerste gezinsherenigingsrichtlijn heeft zijn doel, zoals gezegd, alvast gemist. Wél wordt gewerkt aan bijkomende beschermingsstatuten en aan een versteviging van de verblijfspositie van langdurige verblijfhouders.

**146.** Anderzijds hebben we meerdere bijkomende binnenkomstvoorwaarden, zoals de vereiste over voldoende bestaansmiddelen te beschikken en de vereiste van een geschikte huisvesting, mee geëvalueerd in het licht van de aangehaalde verdragsbepalingen, vnl. in het licht van het I.V.R.K. In het verdere onderzoek beperken we ons tot de studie van één enkele voorwaarde, m.n. dat een zekere gezinsband bestaat. Zoals we reeds aangaven, is een samenlezing van alle binnenkomstvereisten evenwel noodzakelijk om de huidige regeling inzake gezinshereniging te evalueren. In dat licht stonden we er hier bij stil. We komen er in het algemeen besluit tevens op terug.

---

<sup>346</sup> N. BERGER, o.c., 245-246; J.Y. CARLIER, "Pour une politique migratoire humaine, *Ann. Dr. Louv.* 1999, 223-244; FR. CREPEAU en J.Y. CARLIER, "Intégration régionale et politique migratoire", *J.D.I.* 1999, 953-1019; P. BOELES, "Nederland en toekomstig Europees gezinsherenigingsrecht"; *M.R.* 2000, 179-187; I. SEWANDONO, "De gezinsherenigingsrichtlijn. Na Vw. 2000 volgt Vw. 2002", *M.R.* 2001, 36-39.

## HOOFDSTUK 2. HET BELGISCHE GEZINSHERENIGINGSRECHT: VERSCIJNINGSVORMEN VAN ONGELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN NATIONALITEIT INZAKE HET RECHT OP GEZINSHERENIGING OP HET NIVEAU VAN DE BINNENKOMST

### A. INLEIDING: AFBAKENING VAN HET VERDERE ONDERZOEK INZAKE GEZINSHERENIGINGSRECHT

147. Een bespreking en evaluatie van ons gezinsherenigingsrecht kan niet worden losgekoppeld van de concrete, feitelijke gezinsbeleving van de betrokken vreemdeling. Enerzijds wordt het belang van aandacht voor die beleving vandaag reeds erkend in de vorm van een steeds systematischere toetsing van concrete weigeringen van gezinshereniging aan art. 8 E.V.R.M. Anderzijds blijkt uit die toetsing dat het Europese Hof aan de Lidstaten een ruime appreciatiemarge blijft toekennen. Het steunt zich daartoe op de kwalificatie als politiewet van de toepasselijke bepalingen<sup>347</sup>. Een politiewet geniet staatssoevereiniteit mits niet geraakt wordt aan de *kern* van fundamentele bepalingen, zoals *in casu* het E.V.R.M.

Het gezinsherenigingsrecht – zowel het interne als het Europeesrechtelijke – is geconcipteerd vanuit een Westers gezinsconcept. Dat blijkt uit minstens twee gegevens. Enerzijds is de opsomming van rechthebbende familieleden beperkt tot de personen die beantwoorden aan het standaardfamilieconcept van de meeste Europese rechtsstelsels. Anderzijds blijken de leeftijdsgrenzen die de Westerse rechtsstelsels ten aanzien van derdelanders hanteren, restrictief geënt op de eigen rechtsopvattingen<sup>348</sup>.

148. Zoals we reeds stelden, beperken we ons in deze toegangspoort tot een inventarisatie van verschillende behandelingen op grond van nationaliteit die expliciet in de Vreemdelingenwet staan ingeschreven en als dusdanig kunnen worden beschouwd als *uitdrukkelijke* criteria om het gezinsconcept dat in het Belgische verblijfsrecht wordt gehanteerd, af te bakenen<sup>349</sup>. In de loop van het

<sup>347</sup> Zie hierover uitgebreid M. NYS, *I.c.*, *Rev. dr. étr.* 1996, 510.

<sup>348</sup> Een huwelijk geeft slechts aanleiding tot gezinshereniging mits beide partners 18 zijn. Deze leeftijd is geënt op de huwbare leeftijd van de meeste Europese rechtsstelsels, en is eerder streng in vergelijking met meerdere vreemde rechtsstelsels. Ook de maximumleeftijd van 18 tot dewelke kinderen recht op gezinshereniging genieten, is geënt op de meerderjarigheidsgrens in België en de meeste Europese rechtsstelsels. *Cf. infra*, verdere bespreking van de verschijningsvormen van verschillende behandeling.

<sup>349</sup> Bv. de rechthebbende gezinsleden, de praktische voorwaarden die worden gesteld, de beperkingen in tijd, het cascadeverbod e.d. Dat bepaalde gezinsleden naar hun personele wet in eenzelfde verwantschapsgraad staan tot de rechtgevende, maar door de afwezigheid van een vaststelling van die afstamming naar onze normen geen gezinshereniging genieten (bv. in het geval van gewoonterechtelijke afstamming, *kafala*), dat de leeftijdslimiet voor bepaalde

verdere onderzoek gaan we dieper in op dat gezinsconcept, meer bepaald op *impliciete* elementen die het genoemde expliciete gezinsconcept lijken aan te vullen.

We beogen beide groepen van elementen, de expliciete en de impliciete, te toetsen aan de verschillende wijzen waarop vreemdelingen hun familieleven leiden, in toepassing van hun personele recht. In deze derde toegangspoort zullen we onvermijdelijk bij de evaluatie van de expliciete elementen reeds in de marge verwijzen naar enkele impliciete criteria. Ook op die manier vormt de hiernavolgende bespreking een toegangspoort voor het verdere onderzoek.

Hierna volgt een inventarisatie van de verschillende categorieën waarin vreemdelingen kunnen worden opgedeeld, naargelang van de omvang van het recht op gezinshereniging dat ze genieten. De verschillende invulling van dat recht situeert zich zowel op het vlak van de omvang van de groep rechthebbenden, als op het vlak van beperkingen in de tijd en naar modaliteiten die bijkomend worden opgelegd.

## **B. HET VERSCHIL IN BEHANDELING WAT BETREFT DE GROEP VAN RECHTHEBBENDEN OP GEZINSHERENIGING**

**149.** Buiten de situatie van onderdanen van derde landen die familielid zijn van een burger van de Unie die zijn recht op vrij verkeer uitoefent, bevat het Gemeenschapsrecht, zoals gezegd, in afwachting van de beloofde initiatieven n.a.v. het Verdrag van Amsterdam<sup>350</sup>, vooralsnog geen regeling inzake gezinshereniging bij onderdanen van derde landen<sup>351</sup>. Hun recht op gezinshereniging is vooralsnog hoofdzakelijk nationale materie: slechts de bepalingen van het E.V.R.M., het I.V.R.K. en het Verdrag van Genève komen tussen.

**150.** In het interne recht heeft een regeling ten behoeve van familieleden van derdelanders lang op zich laten wachten. Slechts met de Vreemdelingenwet van 1980 is wettelijke grondslag verleend aan een duidelijk afgelijnd

---

vreemdelingen impliceert dat niet alle minderjarige kinderen zich bij hun ouders kunnen vervoegen (tenminste door toepassing van art. 10 Vreemdelingenwet; art. 9, lid 3 kan in een dergelijk geval soelaas bieden), wordt pas in een latere onderzoeksfase aangehaald. In die latere fase wordt het gezinsherenigingsrecht getoetst aan de verenigbaarheid van het gehanteerde gezinsconcept met het E.V.R.M.

<sup>350</sup> Zie bv. het voornemen om de materie een plaats te geven in het Europese recht: Voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, ingediend op 1 december 1999 (laatste wijziging: 7 februari 2000). Cf. *supra*. S. GRATALOUP, "L'étranger né ou résidant depuis sa naissance en France", in H. FULCHIRON, o.c., 111; F. SUDRE, "La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système européen de protection des Droits de l'Homme?", JCP 1998, éd. G., I, 100.

<sup>351</sup> Ook de resolutie van 1993 van de met immigratiekwesties belaste ministers inzake de harmonisatie van het beleid van de Lidstaten op het gebied van gezinshereniging, Document SN 282/1/93 WGI 1497 REV 1, heeft geen rechtstreekse werking.

gezinsherenigingsbeleid<sup>352</sup>. Dat bepaalt dat de vreemdeling die tot het verblijf of tot de vestiging in België is toegelaten of gemachtigd zich kan laten vervoegen door zijn echtgenoot, voorzover de twee betrokkenen ouder zijn dan 18, en door hun (al dan niet gemeenschappelijke<sup>353</sup>) kinderen ten laste, jonger dan 18, die met hen komen samenleven.

Familieleden van actieve of vermogende EER-vreemdelingen genieten een voordeligere regeling, evenals derdelanders die onderdaan zijn van een Staat waarmee België een Verdrag met voordeligere bepalingen in de materie is aangegaan<sup>354</sup>.

Het expliciete criterium van onderscheid is m.a.w. gelegen in de nationaliteit.

**151.** Impliciet evenwel speelt het meer determinerende criterium van de economische draagkracht. De soepelere regeling voor EER-onderdanen steunt op de doelstelling om hun recht op vrij verkeer te waarborgen. Zij die van dat recht geen gebruik maken of kunnen maken, zien hun rechten evenzeer ingeperkt als niet-bevoorrechte derdelanders<sup>355</sup>.

Het Unieburgerschap is m.a.w. een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde voor een uitgebreid recht op gezinshereniging. Financiële zelfredzaamheid wordt als bijkomende vereiste gesteld. Wordt een economisch niet-actieve EER-onderdaan toegelaten of gemachtigd tot het verblijf nadat is vastgesteld dat hij voldoet aan de bijkomende (indirect) financiële voorwaarden, dan kan hij zich slechts laten vervoegen door een familielid dat geen zelfstandig recht op verblijf geniet, als hij óók voor dat familielid de genoemde voorwaarden vervult<sup>356</sup>. Zoniet, dan zal gezinshereniging niet worden toegestaan en zal de

<sup>352</sup> Over de schaarste aan internrechtelijke bepalingen voorheen: M. NYS, "Le regroupement familial. Des droits et des protections", *Rev. dr. étr.* 1996, 495. Zie ook de late introductie van gezinsherenigingsbepalingen in het Franse recht, m.n. bij decreet nr. 76-383 van 29 april 1976, *J.O.* 2 mei 1976: P. KAYSER, "le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", *J.C.P.* 1993, 3679, p. 235.

<sup>353</sup> Zelfs al is de betreffende ouder reeds herhuwd: voorstel van wet betreffende de toegang tot het Rijk, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van de vreemdelingen, algemene bespreking, *Parl. St. Kamer* 1977-78, 8 juni 1978, 87; voorstel van wet betreffende de toegang tot het Rijk, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van de vreemdelingen, Verslag van de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Senaat* 1980-1981, nr. 521/2, 8; ook na echtscheiding: R.v.St. nr. 24.764, 25 oktober 1984, *Rec. C.E.* 1984, 1869; R.v.St. nr. 35.345, 29 juni 1990, *R.A.C.E.* 1990 (tweede huwelijk na overlijden van de moeder van het kind).

Zie infra m.b.t. het bewijs van wettige uitoefening ouderlijk gezag. Zie ook ter vergelijking met aanpak polygamie.

<sup>354</sup> Cf. infra, randnrs 154 e.v.

<sup>355</sup> De Europese student bv. kan evenmin kleinkinderen, bloedverwanten ten laste in de opgaande lijn van zichzelf of van zijn echtgenoot of de echtgenoot van de kinderen die zich bij hem of haar kunnen voegen, laten overkomen: art. 40 §5 Vreemdelingenwet. Met de term 'niet-bevoorrechte derdelander' bedoelen we de derdelander die een derdelander vervoegt die niet de toepassing geniet van een bilaterale overeenkomst die voordeligere bepalingen bevat dan de gemeenrechtelijke regeling inzake gezinshereniging.

<sup>356</sup> Art. 52, §1, laatste lid (de vreemdeling die een beroepswerkzaamheid heeft uitgeoefend), art.

betrokkene zijn gezinsleven buiten België moeten uitoefenen. Wél volgt uit het subsidiaire karakter van de bijzondere verblijfsregeling voor EER-onderdanen dat de betrokkenen steeds de voorkeur kunnen geven aan de regeling voor derdelanders, als die voordeliger zou blijken te zijn<sup>357</sup>. Art. 40 Vreemdelingenwet stelt immers: "Onverminderd de bepalingen vervat in de Verordeningen van de Raad en van de Commissie van de Europese Gemeenschappen *en de meer voordelige bepalingen waarop de EG-vreemdeling zou kunnen aanspraak maken*, zijn de hierna volgende bepalingen op hem toepasselijk (...)". Voldoet de EER-onderdaan m.a.w. alsnog aan de voorwaarden die voor gezinshereniging aan derdelanders worden gesteld, dan kan hij zijn familielid binnen de grenzen van wat art. 10 Vreemdelingenwet bepaalt, alsnog laten overkomen.

### C. HET VERSCHIL IN BEHANDELING WAT BETREFT RESTRICTIES NAAR TIJD EN OMVANG VAN DE GEZINSHERENIGING

**152.** Het gezinsherenigingsrecht is t.a.v. derdelanders en 'gelijkgestelde' onvermogenende EER-onderdanen in de loop der jaren op tweevoudige wijze verstrengd.

Eenzijds is het familieconcept binnen het gezinsherenigingsrecht verstrengd d.m.v. de leeftijdsgrenzen die aan de rechthebbende familieleden worden gesteld: sinds de wetwijziging van 1984 moeten de kinderen jonger zijn dan 18<sup>358</sup> en sinds de wet van 1993 moet de echtgenoot minstens 18 jaar oud zijn<sup>359</sup>, om aanspraak te kunnen maken op gezinshereniging. In het verdere onderzoek zullen we bij elke afzonderlijke bespreking van wijzen van ontstaan van gezinsleven in het familierecht, tevens oog hebben voor het gezinsherenigingsbeleid dat gevoerd wordt t.a.v. de betreffende familieleden<sup>360</sup>. We zullen daarbij oog hebben voor de beoordelingscriteria van dat beleid en de vormen van ongelijke behandeling die eruit voortvloeien. Deze laatste zullen we mede a.h.v. onze bevindingen betreffende het familierechtelijke gezinsconcept duiden en toetsen aan het gelijkheidsbeginsel.

---

54, §1, laatste lid (de restcategorie naar Europees recht), art. 55bis §1 j° 55§1 (familie van een EER-student) en art. 68 j° art. 63§1, laatste lid (de restcategorie, ingesteld door de Vreemdelingenwet) Vreemdelingenbesluit.

<sup>357</sup> M. VAN DE PUTTE, "Europese Unie-burgers en gelijkgestelden", in B. HUBAU en M.C. FOBLETS (ed.), *Migratie- en migrantenrecht*, III, Brugge, Die Keure, 1999, 77; M. DE KOCK, J. DE CEUSTER, J. DE JONGHE en P. VAN NUFFEL, *De nieuwe verblijfsregeling voor vreemdelingen*, Antwerpen, Maarten Kluwers Internationale Uitgeversonderneming, 1982, 81, nr. 116.

<sup>358</sup> Van 21 op 18 gebracht bij wet van 28 juni 1984, B.S. 12 juli 1984. Dat deze leeftijdsverlaging door een sterk protectionisme was ingegeven, blijkt des te meer uit het feit dat op dat ogenblik de verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid van 21 tot 18 nog steeds in bespreking was: *Parl. St. Kamer*, 1983-84, nr. 756/21, 7.

<sup>359</sup> Wet van 6 augustus 1993, B.S. 26 oktober 1993.

<sup>360</sup> Hierover: cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 7 (huwelijk, afstamming en gezinshereniging).



Anderzijds moeten alle familieleden van een derdelander en gelijkgestelde<sup>361</sup> hun verzoek tot hereniging binnen eenzelfde beperkte termijn formuleren, m.n. ten laatste tegen het eind van het kalenderjaar dat volgt op dat waarin de eerste hereniging heeft plaatsgevonden<sup>362</sup>. Deze voorwaarde lijkt in tegenspraak te zijn met de bezorgdheid van de Europese Ministers voor migratiezaken om de bepalingen van het E.V.R.M. sterker te laten doorwerken t.a.v. gevestigde gezinsherenigers<sup>363</sup>.

Ook is een cascadeverbod ingevoerd: een derdelander of gelijkgestelde die een derdelander heeft vervoegd, kan niet op zijn beurt recht geven op gezinshereniging aan derdelanders-familieleden<sup>364</sup>. Een uitzondering op het verbod is ingesteld ten behoeve van het gehandicapte minderjarige kind<sup>365</sup>.

**153.** Beide regelingen vormen o.i. een inbreuk op meerdere supranationale rechtsbepalingen<sup>367</sup>. Huwt een vreemdeling die zelf als kind zijn ouders heeft

<sup>361</sup> I.e. een E.E.R.-onderdaan die geen toepassing geniet van de bevoorrechte regeling, omdat hij niet economisch is, noch voldoende vermogend, cf. *supra*.

<sup>362</sup> Art. 10, lid 1, 4°, lid 2 Wet 15 december 1980.

<sup>363</sup> Eindcommuniqué zesde Conferentie Europese Ministers voor migratiezaken, Warschau 16-18 Juni 1996, *internet*.

<sup>364</sup> Ingevoerd bij wet 28 juni 1984. Dit verbod geldt niet voor het kind dat in België is geboren aangezien dat 'niet komt wonen' met zijn ouders: Ontwerp van wet betreffende sommige aspecten van de toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het wetboek van de Belgische nationaliteit, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Senaat* 1983-84, nr. 660/2, 26. Evenmin geldt het verbod voor dat kind als het later huwt met een vreemdeling die zich met hem/haar komt vervoegen (het kind heeft geen gebruik gemaakt van gezinshereniging zodat het cascadeverbod ook niet geldt voor zijn familie): A. NAYER, *Introduction aux statuts de l'étranger*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 178.

<sup>365</sup> R.v.St. nr. 55.767, 13 oktober 1995, *T. Vreemd.* 1996, 29 (merk tevens de motivering op die de Raad aanreikte om niet van de man te vergen dat hij het land zou verlaten om zijn gezinsleven in het buitenland voort te zetten: "qu'il paraît ainsi être seul en mesure de prendre en charge ses deux enfants handicapés; que cette prise en charge suppose qu'il puisse conserver un emploi et un logement..."). Ook de uitvoering van het verwijderingsbevel dat t.a.v. de moeder en de andere kinderen was getroffen, zou art. 8 E.V.R.M. schenden; R.v.St. nr. 48.819, 29 augustus 1994, *Rev. dr. étr.* 1995, 39: de rechtgevende ouder steunde zijn verblijf zelf reeds op art 10, vierde lid Vreemdelingenwet.

<sup>367</sup> Ze vormen o.i. een inbreuk op zowel de Gezinsherenigingsresolutie van 1 juni 1993 als art. 19 van het Europees Sociaal Handvest. Beide bepalingen stellen een recht op gezinshereniging in dat slechts kan worden beperkt door expliciet genoemde gronden. Een omgekeerde wachttermijn of cascadeverbod zijn daarbij niet genoemd. Hierover o.m. RAAD VAN EUROPA, *Migrant workers and their families*, Straatsburg, Raad van Europa, 1996, 67; Commissieverslag bij Ontwerp van wet betreffende sommige aspecten van de toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het wetboek van de Belgische nationaliteit, *Gedr. St. Senaat* 1983-84, nr. 660/2, 37-40; C.D. DE JONG, "Het recht van vreemdelingen op eerbiediging van het gezinsleven: rechtsvergelijking", *NJCM-bulletin* 1994, 54; COMITÉ VAN ONAFHANKELIJKE EXPERTS, Concl. VIII, 211; L. WALLEYN, "Recht op huwelijk en gezinsleven voor niet-verblijfsgerechtigde vreemdelingen", in K. RIMANQUE (ed.), *Jaarboek 1996/97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1997, 157 en "Recht op verblijf en vestiging", in M.C. FOLETS en B. HUBEAU (eds), *Migratie- en migrantenrecht* deel 3, 56; GISTI, o.c., 1993, 44.

vervoegd, een buitenlandse partner en rijzen geen bezwaren tegen de erkenning van het huwelijk (geldige en vrije huwelijkstoestemming), dan vereist art. 8 E.V.R.M. dat de huwelijkspartner kan overkomen. Een derdelander die België in het kader van een eerste huwelijk is binnengekomen en uit de echt gescheiden is op een ogenblik waarop hij reeds een zelfstandig verblijfsrecht in België genoot, moet o.i. in de mogelijkheid worden gesteld om zich op zijn beurt te laten vervoegen door een nieuwe huwelijkspartner. Een verblijfhouder die een eerste echtgenoot naar België heeft laten overkomen, uit de echt scheidt en opnieuw huwt, moet ook zijn tweede echtgenoot kunnen laten overkomen, ook al verliep tussen de eerste gezinshereniging en het tweede verzoek meer dan een jaar.

De Dienst Vreemdelingenzaken is reeds meermaals bereid geweest om bij goede trouw in hoofde van de verzoekers een afwijking toe te laten<sup>368</sup>.

Weldra dienen beide vereisten evenwel te worden geschrapt uit art. 10 Vreemdelingenwet: de nieuwe Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander lijkt beide beperkingen niet langer toe te staan, aangezien ze niet voorkomen in de opsomming van beperkingen die kunnen worden gesteld aan de gezinshereniging. Nergens staat expliciet vermeld dat deze opsomming exhaustief zou zijn. We menen evenwel dat dat het geval is, aangezien de Richtlijn de Lidstaten wél toelaat om *soepeler* op te treden dan de Richtlijn vooropstelt, maar *niet* om een *strengere* regeling te treffen of te handhaven<sup>369</sup>.

## D. HET VERSCHIL IN BEHANDELING WAT BETREFT DE BINNENKOMSTVOORWAARDEN

### D.1. DE VOORWAARDE VAN GELDIGE BINNENKOMSTDOCUMENTEN

#### D.1.A. ONGELIJKE BEHANDELING VAN BEVOORRECHTE EN NIET-BEVOORRECHTE DERDELANDERS

**154.** Zowel familieleden van EER-burgers of Belgen<sup>370</sup>, als familieleden van

<sup>368</sup> Communicatie met de Dienst Vreemdelingenzaken, brief van 17 december 2001. Het is evenwel niet duidelijk in hoeverre de Dienst dat spontaan doet, dan wel onder (impliciete) rechterlijke dwang: Kort. Ged. Brussel 30 september 1998, *Rev. dr. étr.* 1998, 597: als bewezen medische omstandigheden rechtvaardigen dat een vreemdeling bij zijn familie blijft, is de verwijderingsmaatregel onevenredig met zijn recht op bescherming van het gezinsleven (8 E.V.R.M.). De Belgische Staat werd *in casu* onder dwangsom verplicht tot afgifte van een voorlopig inschrijvingsbewijs. De Raad van State heeft geoordeeld dat een uitzondering op het verbod is aangewezen ten behoeve van het gehandicapte minderjarige kind: R.v.St. nr. 55.767, 13 oktober 1995, *T. Vreemd.* 1996, 29; R.v.St. nr. 48.819, 29 augustus 1994, *Rev. dr. étr.* 1995, 39.

<sup>369</sup> Zie ook de bezorgdheid van de Europese Ministers voor migratiezaken om de bepalingen van het E.V.R.M. sterker te laten doorwerken t.a.v. gevestigde gezinsherenigers: Eindcommuniqué zesde Conferentie Europese Ministers voor migratiezaken, Warschau 16-18 Juni 1996, *internet*.

<sup>370</sup> Art. 41 Vreemdelingenwet; o.m. R.v.St. nr. 46.180, 23 februari 1994, *R.A.C.E.* 1994; Kort Ged. Brussel 20 augustus 1999, *T. Vreemd.* 2000, 162-164.

derdelanders<sup>371</sup> kunnen hun recht op gezinshereniging slechts laten gelden voorzover ze voldoen aan alle binnenkomstvoorwaarden<sup>372</sup>.

155. Tot op vandaag treedt een groot verschil in behandeling op tussen bevoorrechte en niet-bevoorrechte vreemdelingen. Een arrest van 25 juli 2002<sup>373</sup> waarbij het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het voor familieleden van EU- of EER-burgers moet volstaan om hun identiteit en verwantschapsband te bewijzen, heeft de ongelijke behandeling tussen beide categorieën van vreemdelingen nog vergroot<sup>374</sup>. Bij omzendbrief van 21 oktober 2002<sup>375</sup> werd het arrest geïmplementeerd in het Belgische vreemdelingenbeleid en werden de gevolgen ervan uitgebreid naar familieleden van Belgen.

Op Europees niveau is het voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun

<sup>371</sup> De aanhef van art. 15 Vreemdelingenwet verwijst immers naar art. 3 Vreemdelingenwet; zie ook art. 14 en 15 Voorstel van 3 juni 1993 van de ad hoc werkgroep immigratie voor een "Harmonization of national policies on family reunification, Principles governing member states' policies on family reunification", weergeg. in A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENCE (ed.), *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1993, 81: "A person will normally not be admitted to the territory of a Member state for the purpose of family reunification without a visa or other prior written authorization for that purpose, issued by the member State in which the family intends to reside. The application must be normally made whilst the family member concerned is outside the territory of the Member State concerned" resp. "Family members must also, in principle, be in possession of valid travel documents which are recognized by the Member State in which the family intends to reside"; Rb. Brussel 18 december 1991, *T. Vreemd.* 1992, 110; Rb. Brussel 20 december 1991, *T. Vreemd.* 1992, 111; R.v.St. nr. 38.424, 7 januari 1992, *T. Vreemd.* 1992, 74. B. CHAMPS, "De incidentie van het huwelijk op een verwijderingsmaatregel" (kritische noot onder R.v.St. 1 oktober 1993 en R.v.St. 22 oktober 1993), *Arr. R.v.St.* 1994, 5; M. NYS, "Le droit au regroupement familial: nouvelles dispositions légales", *Rev. dr. étr.* 1994, 3-26; M. SCARCEZ, "Le mariage d'un étranger avec un national ou assimilé l'exempte-t-il des formalités d'entrée sur le territoire?", (noot onder R.v.St. 30 juni 1993), *J.L.M.B.* 1994, 21-22. De onduidelijkheid over de vraag aan welke voorwaarden de binnenkomstdocumenten moeten voldoen, blijft bestaan: R.v.St. 4 februari 1999, nr. 78.537, *internet* (in casu vernietiging verwijderingsbeslissing nadat was gebleken dat de Belgische overheid verkeerde geldigheidsvoorwaarden had gekoppeld aan de voorgelegde huwelijksakte – de overheid had ten onrechte de voorwaarde van apostille aan de huwelijksakte gekoppeld). Zie ook art. 18 voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen.

<sup>372</sup> Ook de bilaterale akkoorden stellen deze voorwaarde voorop: Art. 13 verdrag België-Marokko en België –Tunesië; art. 11 verdrag België-Turkije; art. 14 verdrag België-Algerije; R.v.St. nr. 31.285, 28 oktober 1988, *R.A.C.E.* 1988; R.v.St. nr. 40.019, 15 juli 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 21.091, 3 april 1981, *Arr. R.v.St.* 1981, 527.

<sup>373</sup> H.v.J. 25 juli 2002, nr. C-459/99, arrest-MRAX t./ België, <http://www.europa.eu.int>. Zie voorheen reeds in dezelfde zin m.b.t. de Duitse voorwaarde inzake binnenkomstdocumenten: H.v.J. 5 maart 1991, nr. C-376/89, arrest-Giagounidis t./ Duitsland, *Rev. dr. étr.* 1991, 145.

<sup>374</sup> Voorheen gold t.a.v. alle vreemdelingen een even strenge voorwaarde bij binnenkomst.

<sup>375</sup> Omz. 21 oktober 2002 betreffende de aanvraag tot verblijf of vestiging in het Koninkrijk, ingediend op basis van artikel 40 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, door de familieleden van een onderdaan van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte of van een Belg, die niet in het bezit zijn van de vereiste documenten om het Belgisch grondgebied te mogen betreden, *B.S.* 29 oktober 2002.

familieleden zich op het grondgebied van de lidstaten vrij te verplaatsen en er vrij te verblijven, op initiatief van het Europees Parlement inmiddels aangepast aan deze rechtspraak. Het Europees Parlement en de Commissie geven er o.i. evenwel slechts gedeeltelijk navolging aan: art. 9.2*bis* bepaalt weliswaar dat het ontbreken of verlopen van een visum geen weigeringsgrond mag vormen; een geldige identiteitskaart of geldig paspoort kan in toepassing van art. 8.6 evenwel nog steeds worden geleverd. Wordt het voorstel aangenomen in zijn huidige versie, dan zal het Hof van Justitie vermoedelijk nog meermaals moeten teruggrijpen naar zijn MRAX-uitspraak, behoudens t.a.v. de Lidstaten die vrijwillig de hele rechtspraak in hun wetgeving opnemen<sup>376</sup>.

**156.** Art. 12*bis* Vreemdelingenwet, in werking sinds 1 maart 1994, onderwerpt het recht op gezinshereniging bij een derdelander daarentegen aan de voorwaarde dat bij binnenkomst alle documenten die door art. 2 Vreemdelingenwet worden vereist<sup>377</sup>, worden voorgelegd<sup>378</sup>. Bij gebrek aan documenten of bij valse documenten<sup>379</sup> wordt de binnenkomst geweigerd<sup>380</sup>, tenzij humanitaire overwegingen hieraan in de weg zouden staan<sup>381</sup>. Enkele Europese voorstellen tot ruimere bescherming van (familieleden van) bepaalde derdelanders bleven tot op vandaag onbenut<sup>382</sup>.

<sup>376</sup> Zoals gezegd laat art. 34 Voorstel gunstigere nationale bepalingen toe.

<sup>377</sup> De documenten die vereist zijn krachtens een internationaal verdrag, een wet of een koninklijk besluit, een geldig paspoort of een daarmee gelijkgestelde reistitel, desgevallend voorzien van een visum of van een visumverklaring geldig voor België.

<sup>378</sup> O.m. R.v.St. 7 januari 1992, nr. 38.424, *T. Vreemd.* 1992, 74; Rb. Brussel 18 december 1991, *T. Vreemd.* 1992, 110; Rb. Brussel 20 december 1991, *T. Vreemd.* 1992, 111.

<sup>379</sup> Hierover o.m. Besluit van de Raad van 27 maart 2000 betreffende de verbetering van de informatie-uitwisseling ter bestrijding van volledig valse reisdocumenten, *P.B. L.* 77 van 28 maart 2000.

<sup>380</sup> O.m. R.v.St. 13 november 1997, nr. 69.587, *T. Vreemd.* 1997, 260; R.v.St. nr. 73.366 van 29 april 1998, *APM* 1998, 84 en *TRD* 2000, afl. 9, 20-21: als de documenten de vereiste documenten niet voorlegt, beslist de gemeente tot onontvankelijkheid van de aanvraag; R.v.St. 20 maart 2000, *T. Vreemd.* 2000, 155 (t.a.v. de echtgenoot van een Belg). Zie ook §14 Gezinsherenigingsresolutie van 1993. Over de voormalige toepassing van de vereiste op bevoorrechte derdelanders en EER-vreemdelingen: o.m. L. WALLEYN, "De toepassing van de omzendbrief van 28 augustus 1997 m.b.t. de vestiging van met EG-gelijkgestelde vreemdelingen", (noot onder R.v.St. 13 november 1997, nr. 69.587), *T. Vreemd.* 1997, 261-264.

<sup>381</sup> Zie ook voor Nederland: afwijking van de vereiste als de toepassing zou leiden tot 'een onbillijkheid van overwegende aard': W.J. DRONKERS, "MvV-vereiste bij eerste toelating. Jurisprudentiebespreking", *M.R.* 2001, 50 en J.D.P., "Spreekuur – Hardheidsclausule mvv-vereiste", *M.R.* 2001, 206.

<sup>382</sup> Naar aanleiding van het Verdrag van Amsterdam zijn een aantal voorstellen uitgewerkt, waaronder het Voorstel van richtlijn betreffende onwettige migranten ('irregular migrants'. Hierover J. NIESSEN en S. ROWLANDS (eds), *The Amsterdam proposals or how to influence policy debates on asylum and immigration*, Brussel/London, ENAR/ILPA/MPG, 2000, 35. Ierland en het V.K. hebben zich gedistantieerd van het voorstel. Ook Denemarken maakt er een voorbehoud op en wil pas na de goedkeuring van het voorstel, binnen de zes maanden, uitspraak doen of het al dan niet toetreedt. Dit voorstel beoogt onder meer een verbod in te stellen om personen te verwijderen 'whose position is irregular only because of an accidental or inadvertent breach of national or European Community law, such as the late submission of an application for renewal of a residence permit due to illness'. Ten behoeve van derdelanders met langdurig verblijf in de Europese Unie is door de Europese Commissie reeds bepleit om hen bij verkeer binnen de Europese Unie niet langer aan binnenkomstcontroles te onderwerpen (C. CURTIN, C.

**157.** De praktijk om de geldigheid van binnenkomstdocumenten niet enkel te beoordelen op het ogenblik van de binnenkomst, maar bij elke aanvraag die het verblijf betreft, steunt op de regel dat elke aanvraag in beginsel<sup>383</sup> vanuit het buitenland dient te gebeuren<sup>384</sup>. Slechts bij wijze van gunst wordt een vreemdeling toegelaten om zijn aanvraag in België zelf te formuleren<sup>385</sup>.

In het licht van deze regel wordt ook bij elke verblijfsaanvraag van een niet-bevoorrechte vreemdeling in België vereist dat hij het verzoek zou *kunnen* formuleren vanuit het buitenland. Om die reden moet de betrokkene bij elke aanvraag beschikken over documenten die hem op dat ogenblik nog tot het Rijk zouden toelaten. Is een vreemdeling België op een rechtsgeldige wijze binnengekomen met een toeristenvisum, en vraagt hij pas na verloop van de geldigheidsduur ervan (hoogstens drie maanden) een recht op verblijf aan op grond van bv. huwelijk, dan voldoet hij niet langer aan de binnenkomstvoorwaarden en zal hij in beginsel moeten terugkeren naar zijn land van herkomst om van daaruit een nieuwe toelating tot het Rijk aan te vragen.

De Belgische overheid heeft haar verwijderingsbeleid in dit verband steeds gerechtvaardigd op grond van de tijdelijke aard van de verwijdering.

**158.** Het Hof van Justitie heeft in zijn recente arrest evenwel geoordeeld dat dergelijke tijdelijke terugwijzing of verwijdering niet is verantwoord in het licht van het recht op vrij verkeer van EER-onderdanen. Geldige binnenkomstdocumenten kunnen niet gevergd worden van hun familieleden. Het bewijs van de gezinsband volstaat om recht op gezinshereniging te verlenen<sup>386</sup>.

Samengevat genieten bevoorrechte vreemdelingen vandaag recht op toegang en verblijf zodra ze hun identiteit en verwantschapsband kunnen aantonen. Niet-bevoorrechte derdelanders moeten in alle omstandigheden en bij elke aanvraag

---

DENYS, M. GEURTS, C.A. GROENENDIJK, A. ROOS en H. STAPLES, "Draft regulation on freedom of movement for workers within the European Community for third-country nationals with long term residence in one member state", in X., *Free Movement for non-EC-Workers within the European Community*, Utrecht, Nederlands centrum buitenlanders, 1997, 34).

<sup>383</sup> Bepaalde categorieën van vreemdelingen zijn krachtens internationale overeenkomsten nochtans van die voorwaarde ontslagen en kunnen hun aanvraag vanuit België indienen. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 1974 (*Parl. St. Kamer* 1974-75, nr. 653/1, 16) werd het voorbeeld gegeven van Zwitserse en Scandinavische onderdanen die niet het inzicht hebben in België een winstgevende bezigheid uit te oefenen.

<sup>384</sup> Art. 9 Vreemdelingenwet.

<sup>385</sup> Meer bepaald in toepassing van art. 9, derde lid Vreemdelingenwet.

<sup>386</sup> We wijzen erop dat het Hof zich niet heeft uitgesproken over de opwerping door de Belgische overheid dat het niet bevoegd is om uitspraak te doen over strikt internrechtelijke situaties. Het was hierdoor in beginsel mogelijk dat de uitspraak niet toegepast zou worden op de echtgenoot van een Belg die geen gebruik maakt van het recht op vrij verkeer. Meer nog, de voorafgaande opmerking bij het arrest dat rekening moet worden gehouden met die opwerping lijkt aan te geven dat het Hof zich er impliciet bij aansloot. De minister heeft van de nodige soepelheid betuigd door, naar analogie van de gelijkstelling in art. 40 §6 Vreemdelingenwet van het familielid van een Belg met een bevoorrechte EER-vreemdeling, de werkingsfeer van de uitspraak te verruimen tot familieleden van Belgen.

tot binnenkomst, tot hernieuwing, verlenging of een sterker verblijfsstatuut (vestiging) over geldige binnenkomstdocumenten beschikken.

De Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander lijkt toe te staan dat de vereiste van geldige binnenkomstdocumenten tot op vandaag onverkort wordt gehandhaafd t.a.v. familieleden van derdelanders<sup>387</sup>. Art. 13 verplicht de Lidstaten evenwel om, zodra het verzoek tot gezinshereniging is aanvaard, alle medewerking te verlenen bij het verkrijgen van de benodigde visa. Zoals gezegd laat art. 3.5 de Lidstaten algemeen de mogelijkheid om gunstigere regelingen te treffen en bv. de vereiste af te schaffen.

Enkele eerdere Europese voorstellen tot ruimere bescherming van (familieleden van) bepaalde derdelanders bleven tot op vandaag onbenut<sup>388</sup>.

**159.** Het verschil in behandeling dat hierdoor ontstaat, vergroot de kloof tussen de kansen op gezinshereniging voor E.U.-onderdanen en hun familieleden enerzijds en derdelanders anderzijds. Het verblijfsrecht is weliswaar een materie die grotendeels aan het beleid van de nationale wetgever wordt overgelaten. Stelt die een zeker beleid in, dan wordt dat, zij het binnen bepaalde grenzen, evenwel aan het E.V.R.M. getoetst.

Het marginale karakter van de toetsing laat o.i. toe om te oordelen dat het beginsel van het recht op vrij verkeer een voldoende grondslag vormt om een verschil in behandeling op te steunen en te rechtvaardigen. Niet de persoon die het land wenst binnen te komen op grond van gezinshereniging, maar de persoon die zich door dat familielid wil laten vervoegen, staat centraal in deze vraag naar gelijke behandeling. Doordat de bevoorrechte E.U.-onderdaan wél en de derdelander geen recht op vrij verkeer geniet, wat inhoudt dat het verblijf van de eerste in België op geen enkele wijze mag worden ingeperkt, worden de verblijfsvoorwaarden van zijn familieleden versoepeld. Beide categorieën zijn o.i. niet vergelijkbaar, gezien het verschillende uitgangspunt dat aan de verblijfsregeling ten grondslag ligt<sup>389</sup>.

<sup>387</sup> Art. 5.2, eerste lid Richtlijn verwijst naar de voorlegging van "gewaarmerkte afschriften van de reisdocumenten van de gezinsleden".

<sup>388</sup> Naar aanleiding van het Verdrag van Amsterdam zijn een aantal voorstellen uitgewerkt, waaronder het Voorstel van richtlijn betreffende onwettige migranten. Ten behoeve van derdelanders met langdurig verblijf in de Europese Unie is door de Europese Commissie reeds bepleit om hen bij verkeer binnen de Europese Unie niet langer aan binnenkomstcontroles te onderwerpen (en hen m.a.w. ook een recht op vrij verkeer te verlenen).

<sup>389</sup> De uitbreiding van de voordelen van het recht op vrij verkeer tot Belgen zou evenwel kunnen worden beschouwd als een aanwijzing dat de Belgische overheid niet zozeer het recht op vrij verkeer, in het licht van de vlotte uitoefening van arbeid in een andere Lidstaat, centraal stelt, maar toch – althans voor Belgen – het praktische voordeel van een vrijstelling. De Belg oefent zijn recht op vrij verkeer niet uit. Het feit dat de binnenkomst van zijn huwelijkspartner in België wordt bemoeilijkt, schaadt dat recht dan ook niet. In dat opzicht zouden we kunnen besluiten dat er wél sprake is van discriminatie tussen de Belg en zijn huwelijkspartner enerzijds en de derdelander met wettig verblijf en zijn huwelijkspartner anderzijds. Deze twee categorieën zijn wél vergelijkbaar. We zien geen reden waarom de eerste wél en de tweede niet een vrijstelling moet genieten.

Ook het E.U.-recht hanteert in dit verband een criterium dat voor kritiek vatbaar is. Het beschermt een E.U.-onderdaan definitief, eens hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht, ook al doet hij dat niet langer en is hij inmiddels teruggekeerd naar zijn land van herkomst. We menen dat de bescherming slechts dient voort te duren zolang de arbeid wordt voortgezet die is aangevat in

**160.** Met de aanname dat art. 14 j° 8 E.V.R.M. niet is geschonden, is evenwel de vraag nog niet beantwoord of de vereiste van geldige binnenkomstdocumenten t.a.v. derdelanders die een derdelander vervoegen verenigbaar is met art. 8 E.V.R.M. We staan er verder nader bij stil<sup>390</sup>.

#### **D.1.B. EEN ONGELIJKE BEHANDELING TUSSEN NIET-BEVOORRECHTE DERDELANDERS ONDERLING**

**161.** Binnen de huidige regeling treden, zoals aangekondigd, verschillen in behandeling op grond van nationaliteit op tussen niet-bevoorrechte derdelanders onderling.

##### **\* Eerste verschil in behandeling: het verkrijgen van een geldig binnenkomstdocument**

**162.** Naast een geldig nationaal paspoort of een daarmee gelijkgestelde reistitel, wordt soms een geldig visum vereist.

Daarnaast dient eenieder te bewijzen dat hij recht heeft op gezinshereniging. Dat bewijs dient vertaald te zijn en gelegaliseerd door de Belgische diplomatieke post van het land van aflevering<sup>391</sup>. Bij gezinshereniging op grond van huwelijk volstaat een voorlegging van de huwelijksakte en van de geboorteakte. De geboorteakte dient als bewijs dat de huwelijkspartner van een niet-bevoorrechte vreemdeling ouder is dan 18 jaar. Vermoedelijk kan een akte van bekendheid hem in uitzonderlijke gevallen vervangen. Bij gezinshereniging op grond van afstamming volstaat een voorlegging van de geboorteakte, als bewijs van de afstamming<sup>392</sup>.

**163.** Het blijkt in de praktijk niet steeds eenvoudig om de nodige medewerking te krijgen van de buitenlandse en Belgische autoriteiten om aan deze vereisten te voldoen<sup>393</sup>.

**164.** Familieleden van Marokkanen, Tunesiërs, Turken en Algerijnen kunnen evenwel een beroep doen op de verdragsrechtelijke verplichting van Belgische diplomatieke en consulaire instanties om de nodige visa of vergunningen uit te reiken<sup>394</sup>. Deze verplichting om de gezinshereniging te bevorderen, is niet terug

---

uitvoering van het recht op vrij verkeer.

Omdat beide opmerkingen betrekking hebben op o.i. zwakke punten in de regeling van het recht op vrij verkeer, wensen we onze evaluatie in het licht van het gelijkheidsbeginsel er niet door te laten beïnvloeden. Niettemin vormt deze overweging mogelijk een argument om alsnog tot een schending van art. 10 en 11 G.W. te besluiten.

<sup>390</sup> Cf. *infra*, randnrs 170 e.v.

<sup>391</sup> Art. 12bis Vreemdelingenwet en Omz. 28 februari 1995, B.S. 31 maart 1995.

<sup>392</sup> Omz. 28 februari 1995, B.S. 31 maart 1995.

<sup>393</sup> Cf. *infra*, randnrs 168 e.v. Zie ook *infra*, deel 3, hoofdstuk 6 (huwelijkse vormvereisten), randnr. 27.

<sup>394</sup> Art. 13 verdrag België-Marokko en België-Tunesië; art. 11 verdrag België-Turkije; art. 14

te vinden in de gemeenrechtelijke bepalingen.

**165.** Daarnaast stellen internationale akkoorden voor onderdanen van de betrokken Staten de vereenvoudigde procedure van de apostille in of versoepelen ze de procedure tot afgifte van akten van de burgerlijke stand<sup>395</sup>.

**166.** We gaan hierna in op enkele problemen die ter zake bij andere vreemdelingen kunnen rijzen. Daarbij zal meteen de aangehaalde bevoorrechtiging van Marokkanen, Tunesiërs, Turken, Algerijnen en hun familieleden worden gerelativeerd, aangezien de genoemde verdragsbepalingen in de praktijk niet systematisch worden nageleefd.

**\* Tweede verschil in behandeling: de aard van het vereiste binnenkomstdocument**

**167.** Een tweede verschil in behandeling betreft de documenten die worden vereist voor een inschrijving in het vreemdelingenregister. Soms volstaat een geldig nationaal paspoort of een daarmee gelijkgestelde reistitel. Soms moet deze titel voorzien zijn van een geldig visum<sup>396</sup>.

---

verdrag België-Algerije. Bevestigd door R.v.St. nr. 48.425, 1 juli 1994, *Rev. dr. étr.* 1995, 72.

<sup>395</sup> Overeenkomst betreffende de aflevering van sommige uittreksels van akten van de burgerlijke stand bestemd voor het buitenland, Parijs, 27 september 1956; Overeenkomst van het Verdrag van 's Gravenhage van 5 oktober 1961 tot afschaffing van de vereiste van legalisatie van buitenlandse openbare akten en tot invoering van het gebruik van de vereenvoudigde procedure van het apostille. Bij deze vereenvoudigde procedure wordt slechts vereist dat de akte, desgevallend vertaald door een beëdigd vertaler, en conform verklaard aan het orgineel, in het land van afgifte is ondertekend door de bevoegde autoriteit (in België is dat voor een akte van de burgerlijke stand een handtekening van de ambtenaar van de burgerlijke stand of de burgemeester) en dat die handtekening vervolgens door het Ministerie van buitenlandse zaken van de betreffende Staat wordt gelegaliseerd. Bij een klassieke legalisatie daarentegen wordt bovendien vereist dat vervolgens de ambassade (in het land van afgifte) van de Staat waar de akte zal worden voorgelegd de handtekening van het Ministerie van buitenlandse zaken van de Staat van afgifte legaliseert. De handtekening van die consul wordt tenslotte gelegaliseerd door het Ministerie van buitenlandse zaken van de Staat waar de akte vervolgens kan worden voorgelegd: Omz. 28 februari 1995 betreffende de procedure bepaald bij artikel 12bis van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en betreffende het recht op verblijf van de vreemdelingen bedoeld in artikel 10 van dezelfde wet, *B.S.* 31 maart 1995; Omz. 17 februari 1993 betreffende de legalisatie van akten van de burgerlijke stand die in het buitenland verleden werden, *B.S.* 27 maart 1993.

<sup>396</sup> Omz. 28 augustus 1997, *B.S.* 1 oktober 1997. Verschillende behandeling derdelanders: Raad EU, regl. nr. 2317/95 van 25 september 1995, "determining the third countries whose nationals must be in possession of visas when crossing the external borders of the member states", *Pb. L.* 1995, 234/1; Verordening (EG) nr. 2414/2001 van de Raad van 7 december 2001 houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 539/2001 tot vaststelling van de lijst van derde landen waarvan de onderdanen bij overschrijding van de buitengrenzen in het bezit moeten zijn van een visum en de lijst van derde landen waarvan de onderdanen van die plicht zijn vrijgesteld, *Pb. L.* 327/1 van 12 december 2001 (met vrijstelling van visumplicht voor Roemenen tot gevolg: Bericht 10 januari 2002 betreffende de opheffing van de visumplicht voor Roemeense onderdanen, *B.S.* 26 januari 2002. Meer over de criteria tot instelling van een visumplicht en de aanhoudende problemen m.b.t. vluchtelingen, apatriden en personen met een identiteitsdocument, afgegeven door een niet-erkende politieke structuur, evenals over de vraag of van onderdanen van een land



**168.** Bij gebrek aan een verdragsrechtelijke, wettelijke of reglementaire bepaling van de gronden om de afgifte van een visum te weigeren, heeft de administratie ter zake een ruime appreciatiebevoegdheid. De weigering is geen politiemaatregel en moet daarom niet expliciet gemotiveerd worden. Derdelanders die aan een visumplicht zijn onderworpen, worden hierdoor in een zwakkere positie geplaatst dan andere vreemdelingen. Het *recht* op gezinshereniging wordt afgezwakt doordat de betrokkene voor één van de stappen die zijn vereist om dat recht te kunnen afdwingen, wordt onderworpen aan een *discretionair* oordeel.

Een administratiefrechtelijke controle in het licht van art. 8 E.V.R.M. laat evenwel toe om, waar nodig, corrigerend op te treden<sup>397</sup>. De Belgische Staat is reeds meermaals bij uitspraak in kort geding verplicht om meer druk te zetten op de diplomatieke en consulaire Belgische posten in het buitenland, o.m. in Marokko en Tunesië, opdat deze een visum zouden afleveren<sup>398</sup>.

---

die niet in de lijst figureert, al dan niet toch nog een visum kan worden gevergd: N. BERGER, *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Brussel, Bruylant, 2000, 86-92). Art. 62, 2, al. b)i Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, zoals laatst gewijzigd door het Verdrag van Amsterdam, *PB. C.* 340, 10 november 1997, 173, voorziet in een positieve lijst van visumplichtige landen. Deze lijst zou kunnen worden gesteund op de huidige Schengen-lijst. Enkele niet-dwingende lijsten zijn aangenomen bij Beslissing Raad 20 mei 1999, *PB. L.* 176/17 van 10 juli 1999: een lijst van visumplichtige landen, een inventaris van landen die zijn vrijgesteld van visumplicht, een inventaris van Staten die slechts in bepaalde Lidstaten zijn onderworpen aan de visumplicht. Het uitvoerende comité werkt voorstellen uit om deze lijsten beter te doen naleven, meer bepaald door ze te koppelen aan de garantie van een grotere harmonisatie inzake binnenkomst en interne veiligheid: zie o.m. Voorstel voor een Verordening van de Raad van 3 april 2000 tot vaststelling van de lijst van de derde landen waarvan de onderdanen bij overschrijding van de buitengrenzen in het bezit moeten zijn van een visum en van de lijst van derde landen waarvan de onderdanen van deze plicht zijn vrijgesteld, COM (2000) 0027, [http://www.europa.eu.int/eur\\_lex](http://www.europa.eu.int/eur_lex). Zie reeds de concretisering naar Belgisch recht van de voorwaarde inzake binnenkomstdocumenten d.m.v. de landenlijsten in bijlage 1 en 2 bij K.B. 22 november 1996, *B.S.* 6 december 1996. Zie ook Koninklijk besluit van 20 juni 2002 tot wijziging van het koninklijk besluit van 8 oktober 1981 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 3 juli 2002: vervanging bijlage 1 bis. Meer over de visumplicht: P. BOELES, *Vorming van Europees migratie- en asielrecht*, 1999, 29 e.v.

<sup>397</sup> Zie ook voor het principe van de administratiefrechtelijke toets: C.E. fr. 10 april 1992, nr. 75.006, arrest-Aykan, *JCP* 1992, IV, 1933. De Raad oordeelde *in casu* dat de verblijfsinstanties hun discretionaire bevoegdheid op redelijke wijze hadden uitgeoefend. De weigering was gesteund op het gevaar dat de verzoeker vormde voor de openbare orde.

<sup>398</sup> Kort Ged. Brussel A.R. 99/1360/C van 20 juli 2000, *onuitg.*; Kort Ged. Brussel A.R. 99/1218 van 27 augustus 1999, *onuitg.*; Kort Ged. Brussel A.R. 2000/872/C van 14 augustus 2000, *onuitg.*; Kort Ged. Brussel 4 augustus 2000, A.R. 2000/873/C, *onuitg.*; Kort Ged. Brussel 11 juli 2000, A.R. 2000/631/C, *onuitg.* Hierover ook: Vr.&Antw. in *T. Vreemd*, 2001, 80 en 82. Zie ook voor Frankrijk: Rapport Haut conseil, Simone Veil, 8 maart 1997, p. 75, bepleit de afschaffing van de vereiste voor familieleden omdat blijkt dat in de praktijk regelmatig gezinshereniging wordt verhinderd door de weigering om een visum af te leveren. Zie ook Kort ged. Luik 24 september 1997, *T. Vreemd*. 1998, 63: veroordeling van de Belgische Staat omdat deze geen gevolg had gegeven aan een verzoek tot de Belgische ambassade in Kinshasa om in het kader van gezinshereniging geboortektes te legaliseren. Zie ook de weigering van bepaalde posten om een attest van huwbaarheid af te geven: Brussel 24 november 1998, A.J.T. 1998-99, 871; Rb. Brussel 27 april 1998, [http://www.cass.be/cgi\\_juris](http://www.cass.be/cgi_juris). Een medewerker van het ministerie van

**\* Derde verschil in behandeling: de onmogelijkheid om onderdanen van Staten waarmee een associatieakkoord is aangegaan, eenmaal ze België legaal zijn binnengekomen, te verwijderen op loutere grond van het verval van hun binnenkomstdocument**

169. Onderdanen van Staten waarmee de E.U. een associatieakkoord is aangegaan genieten evenals E.U.-onderdanen bescherming tegen verwijdering op loutere grond van het verval van hun binnenkomstdocumenten<sup>399</sup>.

### D.1.c. EVALUATIE

170. Zowel vóór als na de inwerkingtreding van art. 12bis Vreemdelingenwet werd overwegend bevestigd dat de voorwaarde van geldige binnenkomstdocumenten niet strijdig is met art. 8 E.V.R.M.<sup>400</sup>. Een verwijdering zou dat evenmin zijn omdat deze slechts tijdelijk is, in afwachting van geldige documenten<sup>401</sup>. Het aangehaalde recente arrest van het Hof van Justitie laat van deze motivering alvast niets overeind als het de echtgenoot van een EER-

---

Buitenlandse Zaken meldde ons dat bij benadering zo'n 30 % van de verzoeken bij de Belgische ambassade in Tunesië en zo'n 60 % van de verzoeken bij de Belgische ambassade in Marokko definitief worden afgewezen omdat er huwelijksbeletselen (vermoeden van schijnhuwelijk) zijn (hierover: deel 3A, hoofdstuk 6 (vormvereisten), randnr. 28).

<sup>399</sup> Zie ook E. GUILD, *A guide to the right of establishment under the Europe Agreements*, London, Baileys Shaw & Gillett, 1996, 26.

<sup>400</sup> R.v.St. nr. 82.186, 3 september 1999, *Arr. R.v.St.* 1999, z.p.; R.v.St. nr. 75.455, 27 juli 1998, niet in judit; R.v.St. nr. 74.684, 26 juni 1998 niet in judit; R.v.St. nr. 74.175 van 9 juni 1998 niet in judit; R.v.St. nr. 50.055 van 3 november 1994, *R.A.C.E.* 1994; R.v.St. nr. 48.817, 29 augustus 1994, *R.A.C.E.* 1994, z.p.; R.v.St. nr. 48.653, 20 juli 1994, *Arr. R.v.St.* 1994, z.p.; R.v.St. nr. 39.424, 7 januari 1992; 47.777, 6 juni 1994, *Arr. R.v.St.* 1994, z.p.; R.v.St. nr. 45.973, 3 februari 1994, *Arr. R.v.St.* 1994, z.p.; R.v.St. nr. 43.134, 2 juni 1993, *T. Vreemd.* 1994, 92, noot L. WALLEYN (de schending van art. 15 Vreemdelingenwet, in combinatie met art. 8 E.V.R.M. is niet ernstig); R.v.St. 19 mei 1993, nr. 43.033, *R.A.C.E.* 1993 (een vreemdeling die onregelmatig in België verblijft, kan niet worden beschouwd als een EG-vreemdeling in de zin van de vreemdelingenwet); R.v.St. nr. 40.236, 9 september 1992, *R.A.C.E.* 1992 (het bevel om het grondgebied te verlaten, uitgereikt wegens het ontbreken van een geldig visum, houdt niet in dat de vreemdeling moet worden gescheiden van zijn echtgenote maar laat hem toe naar België terug te keren zodra hij zijn toestand heeft R.v.St. nr. 39.056, 25 maart 1992; R.v.St. nr. 39.281, 30 april 1992; R.v.St. nr. 39.280, 30 april 1992; geregulariseerd. Aldus wordt geen inbreuk gemaakt op het gezinsleven en is het nadeel niet voldoende ernstig en gemakkelijk te herstellen); R.v.St. nr. 40.061, 28 juli 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 40.034, 15 juli 1992, *Arr. R.v.St.* 1992; R.v.St. nr. 39.279, 30 april 1992, *Arr. R.v.St.* 1992.

<sup>401</sup> R.v.St. nr. 39.424, 7 januari 1992, *Rev. dr. étr.* 1992, 18; R.v.St. nr. 39.056, 25 maart 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 39.281, 30 april 1992, *Arr. R.v.St.* 1992; R.v.St. nr. 39.280, 30 april 1992, *Arr. R.v.St.* 1992; R.v.St. nr. 40.061, 28 juli 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 40.236, 9 september 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 40.242, 9 september 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 40.243, 9 september 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 43.134, 30 juni 1993, *J.L.M.B.* 1994, 19, noot M. SCARCEZ; R.v.St. nr. 44.151, 21 september 1993, *Rev. dr. étr.* 1993, 592. *Contra*: het huwelijk doet voor de vreemdeling een nieuw recht ontstaan dat primeert op alle andere vereisten: R.v.St. nr. 40.623, 7 oktober 1992, *T. Vreemd.* 1993, 45, noot; R.v.St. nr. 41.621, 19 januari 1993, *T. Vreemd.* 1993, 46 en 210; R.v.St. nr. 41.531, 11 januari 1993, *T. Vreemd.* 1993, 210; R.v.St. nr. 44.306, 1 oktober 1993, *Rec. Arr. R.v.St.*, 1994, 5, noot C. BAMPES; R.v.St. nr. 44.307, 1 oktober 1993, *T. Vreemd.* 1993, 311; R.v.St. nr. 76.766, 3 november 1998, *T. Vreemd.* 1998, 185.

onderdaan betreft<sup>402</sup>.

**171.** In enkele concrete gevallen is alvast geoordeeld dat een tijdelijke verwijdering ook t.a.v. een niet-bevoorrechte derdelander niet gerechtvaardigd was, wegens inmiddels langdurig verblijf, om humanitaire redenen, wegens een nalatigheid van de overheid of in het belang van het kind van de betrokkene<sup>403</sup>.

**172.** In het licht van de doelstelling van de binnenkomstvoorwaarde, die er slechts in bestaat de identiteit en familieband te bewijzen, menen we dat een vreemdeling wiens binnenkomstdocument is vervallen op het ogenblik van het verzoek tot gezinshereniging, niet op deze enkele grond verplicht kan worden gescheiden van zijn gezin<sup>404</sup>. Ook al is de scheiding slechts tijdelijk: middel en doel van de maatregel staan in wanverhouding tot elkaar. In alle hypothesen van gezinshereniging dient o.i. te volstaan dat de identiteit en verwantschap op voldoende overtuigende wijze worden bewezen<sup>405</sup>.

<sup>402</sup> Zoals we reeds aangaven valt nog af te wachten of de uitspraak zal worden doorgetrokken naar de echtgenoot van een EER-onderdaan die zelf geen gebruik maakt van het recht op vrij verkeer.

<sup>403</sup> Rechtspraak van de Raad van State wijst uit dat de proportionaliteitseis van art. 8, tweede lid E.V.R.M. niet wordt gerespecteerd als men van een vreemdeling eist dat hij zich naar het buitenland begeeft, terwijl hij gedurende beduidend langere tijd in België heeft verbleven dan de toegelaten termijn (R.v.St. 28 augustus 1992, nr. 40.183, *Rev. dr. étr.* 1992, 427; R.v.St. nr. 39.077, 27 maart 1992, *A.P.M.* 1992, 70, *R.A.C.E.* 1992) of als hij oorspronkelijk zijn verblijf heeft gesteund op een asielaanvraag, en daar slechts van afgezien heeft omdat hij meende dat zijn huwelijk hem probleemloos een recht op verblijf zou geven (R.v.St. nr. 43.422, 23 juni 1993, *R.A.C.E.* 1993). Is een ontstentenis van binnenkomstdocumenten te wijten aan onbehoorlijk bestuur, dan is een verwijdering evenmin gerechtvaardigd (R.v.St. nr. 46.664, 25 maart 1994, *R.A.C.E.* 1994, z.p.; Rb. Brussel 28 december 1995, *T. Vreemd.* 1996, 49).

Het is niet geoorloofd om een ouder tijdelijk te scheiden van zijn kind als voor de periode van scheiding niet kan worden voorzien in een gepaste opvang van het kind (R.v.St. nr. 42.602, 19 april 1993, *Arr. R.v.St.* 1993, z.p.). Ook de beslissing om een minderjarige die rechtsgeldig was geadopteerd in België terug te leiden opdat hij de nodige documenten zou ophalen, zonder dat er voldoende zekerheid was dat hij die documenten effectief zou kunnen bemachtigen, werd strijdig bevonden met art. 8 E.V.R.M. (R.v.St. 7 januari 1998, nr. 70.538, *Rev. dr. étr.* 1998, 92; R.v.St. 11 februari 1999, nr. 78.711, *Rev. dr. étr.* 1999, 40).

<sup>404</sup> Zie ook: F. BLANMAILLAND, "Is de reglementering inzake EU-vreemdelingen en gelijkgestelden eindelijk aangepast aan het gemeenschapsrecht?", *T. Vreemd.* 1998, 157, stelt de vraag naar de rechtvaardiging van het verschil in behandeling tussen gehuwden naargelang het de hypothese van art. 10 of art. 40 Vreemdelingenwet betreft, ingesteld door de voormalige omzendbrief van 12 oktober 1998; P. KAYSER, "Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", *La semaine juridique (J.C.P.)* (Fr) 1993, 239, nr. 3679.

<sup>405</sup> De Nederlandse Vreemdelingenwet 2000 heeft de voorwaarde van geldige binnenkomstdocumenten alvast afgeschaft voor de beoordeling van een recht op voortgezet verblijf: art. 19 Vw. en art. 3.13 Vb. (verblijfstitel voor onbepaalde tijd) i.t.t. art. 18 Vw. (verlenging verblijfstitel voor bepaalde tijd). In andere Staten rijzen voorstellen in die zin: Rondetafeldiscussie in H. FULCHIRON (ed.), o.c., 204. De Europese Commissie steunt deze evolutie. Dat blijkt o.m. uit haar voorstel om art. 3 Richtlijn 68/360/EEC aan te vullen met een subparagraaf die stelt dat de Lidstaten de nodige inspanningen zullen leveren om de familieleden van EU-onderdanen die reeds in een andere Lidstaat verblijven, de nodige documenten en visa te laten bekomen: preambule Voorstel tot amendering van regl. 1612/68. Het voorstel spoort de Lidstaten hiermee in zekere zin aan om het beginsel van de onverwijderbaarheid na louter verval van de binnenkomstdocumenten uit te breiden tot de buitengrenzen van de EU.

## D.2. ANDERE BINNENKOMSTVOORWAARDEN

**173.** De vreemdeling die om gezinshereniging verzoekt wordt bovendien vaak aan meerdere bijkomende binnenkomstvoorwaarden onderworpen, zoals de voorwaarde dat de rechtgevendende gezinshereniger beschikt over een normale huisvesting en over voldoende bestaansmiddelen, en dat de verzoeker zelf geen gevaar vormt voor de openbare orde, veiligheid of gezondheid.

**174.** Ook familieleden van bepaalde EER-onderdanen worden in zekere mate aan de hierna besproken voorwaarden onderworpen. Deze verschillende behandeling met familieleden van eigen onderdanen is door het Hof van Justitie gerechtvaardigd bevonden.

**175.** Art. 7, tweede lid Verordening nr. 1612/68 verwoordt het beginsel dat het vrije verkeer van werknemers slechts met eerbiediging van de vrijheid en de waardigheid kan worden uitgeoefend, indien voor de integratie van het gezin van de communautaire werknemer in de ontvangende Lidstaat optimale voorwaarden gelden<sup>406</sup>. In dezelfde zin verbiedt ook artikel 39 van het EG-Verdrag niet alleen openlijke discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden<sup>407</sup>.

**176.** Het Hof heeft evenwel gemeend niet te moeten uitmaken of de genoemde bepalingen van toepassing zijn op het nationale verblijfsrecht. Het Hof liet zich niet uit over de vraag of het recht om voor onbepaalde tijd op het nationaal grondgebied te verblijven een sociaal voordeel is in de zin van artikel 7, tweede lid van Verordening nr. 1612/68<sup>408</sup>, en nam zonder meer aan dat tussen de eigen onderdanen en die van andere Lidstaten een objectief verschil bestaat. De Lidstaten mogen aan dat verschil consequenties verbinden, bv. als zij de voorwaarden vaststellen waaronder aan de echtgenoten van deze personen een vergunning tot verblijf voor onbepaalde tijd op hun grondgebied wordt verleend<sup>409</sup>.

**177.** We gaan vervolgens kort in op de bijkomende binnenkomstvoorwaarden die het Belgische recht stelt en op de onderlinge verschillen in behandeling. Opnieuw geldt een beduidend verschillende regeling voor niet-bevoorrechte en bevoorrechte derdelanders.

<sup>406</sup> Bevestigd in: H.v.J. 13 november 1990, Di Leo, nr. C-308/89, *Jur. H.v.J.* 1990, I-4185, § 13.

<sup>407</sup> Vaste rechtspraak: H.v.J. 27 november 1997, Meints, nr. C-57/96, *Jur. H.v.J.* 1997, I-6689, § 44 (*in casu* m.b.t. de woonplaatsvereiste in de Nederlandse werkloosheidswet); H.v.J. 23 mei 1996, O'Flynn, C-237/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I-2617, § 17.

<sup>408</sup> H.v.J. 11 april 2000, Arben Kaba, nr. C-356/98, § 35, <http://europa.eu.int/jurisp>.

<sup>409</sup> H.v.J., Arben Kaba, § 31.

**D.2.A. DE RECHTGEVENDE VOORZIET IN EEN 'NORMALE' HUISVESTING****\* Situering**

**178.** I.t.t. de bevoorrechte vreemdeling<sup>411</sup> en andere derdelanders worden de derdelander-student en de derdelander die zijn meerderjarige gehandicapte kind wil laten overkomen een expliciete<sup>412</sup> voorwaarde van voldoende geschikte huisvesting opgelegd<sup>414</sup>.

<sup>411</sup> Zie ook het Franse verblijfsrecht: N. GUIZEMANES, "Les étrangers et les récentes réformes du droit de l'immigration et de la nationalité", *J.D.I.* 1994, 80: deze voorwaarde heeft geen betrekking op EER-onderdanen of onderdanen van een Staat waarmee Frankrijk een bilateraal akkoord is aangegaan (Algerije, Centraal-Afrika, Burkina-Faso, Gabon, Mauretanië, Togo en deels ook Tunesië).

<sup>412</sup> Cf. *infra* onze bedenking dat de ruimere werkingssfeer van de middelenvereiste impliciet ook de werkingssfeer van de huisvestingseis verruimt.

<sup>414</sup> Art. 10bis §1 en §2 Vreemdelingenwet vs. art. 11 j° art. 3 Vreemdelingenwet. De bilaterale Overeenkomsten met de Maghreblanden, Turkije en ex-Joegoslavië stellen deze vereiste overigens in elke situatie van gezinshereniging (art. 13 Overeenkomst tussen België en Marokko betreffende de tewerkstelling van Marokkaanse werknemers in België, en bijlagen, ondertekend te Brussel op 17 februari 1964, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, B.S. 17 juni 1977; art. 13 Overeenkomst tussen België en Tunesië betreffende de tewerkstelling en het verblijf in België van Tunesische werknemers, en bijlagen, ondertekend te Tunis op 7 augustus 1969, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, B.S. 17 juni 1977; art. 14 Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Democratische Volksrepubliek Algerië betreffende de tewerkstelling en het verblijf in België van Algerijnse werknemers en hun families, en bijlagen, ondertekend te Algiers op 8 januari 1970, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, B.S. 17 juni 1977. De verdragen van de EU met de Maghreblanden (met Tunesië, Algerije en Marokko op resp. 25, 26 en 27 april 1976) bevatten geen enkele bepaling inzake gezinsherenigingsrecht; art. 11 Akkoord tussen België en Turkije betreffende de tewerkstelling van Turkse werknemers in België, protocol en bijlagen, ondertekend te Brussel op 16 juli 1964, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, B.S. 17 juni 1977. Het verdrag tussen de EU en Turkije van 12 september 1963, opgemaakt te Ankara, *PB L.* 29 december 1964, 3687, voorziet daarentegen in geen enkele bepaling m.b.t. het gezinsherenigingsrecht; Art. 14 Akkoord tussen het Koninkrijk België en de Socialistische Bondsrepubliek Joegoslavië betreffende de tewerkstelling en het verblijf in België van Joegoslavische werknemers, en bijlagen, ondertekend te Belgrado op 23 juli 1970, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, B.S. 17 juni 1977). De vaststelling dat art. 10 Vreemdelingenwet impliciet de mogelijkheid voorziet om af te wijken van een Verdragsbepaling als die minder voordelig is dan het gemene verblijfsrecht, doet ons evenwel vermoeden dat onderdanen van de genoemde Verdragsstaten die familieleden willen laten overkomen naar België, in de praktijk niet strenger worden behandeld dan andere derdelanders. De Dienst Vreemdelingenzaken verwijst voor de gezinshereniging bij een Turkse werknemer weliswaar naar art. 10, eerste lid, 1° Vreemdelingenwet, maar geeft aan dat hij de vereiste van behoorlijke huisvesting niet onderzoekt. Ondanks de verwijzing naar het Verdrag wordt de betreffende strengere bepaling m.a.w. niet toegepast. Mogelijk steunt deze soepelheid op het besef dat de Belgische Staat teveel zou moeten investeren in de corresponderende positieve verplichting die op haar rust.

**\* Impulsen van Europees recht**

**179.** Vandaag vermeldt een aantal E.U.-richtlijnen nog de mogelijkheid van een huisvestingsvereiste t.a.v. E.E.R.-onderdanen, mits de criteria niet strenger worden geformuleerd dan t.a.v. eigen onderdanen<sup>415</sup>. Het Hof van Justitie heeft in meerdere arresten aangegeven dat de vereiste verenigbaar is met het recht op vrij verkeer, mits de controle eenmalig is, m.n. beperkt blijft tot het ogenblik van de oorspronkelijke toelating tot gezinshereniging<sup>416</sup>.

**180.** De recente Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander laat de Lidstaten de mogelijkheid om van derdelanders en hun gezinsleden bij het eerste verzoek om gezinshereniging en bij de eerste verlenging van de verblijfstitel het bewijs te vergen dat de gezinshereniger beschikt over huisvesting "die in de regio als normaal wordt beschouwd voor een vergelijkbaar gezin en die voldoet aan de algemene normen inzake veiligheid en hygiëne welke in de betrokken lidstaat gelden".

Met deze bepaling beoogt de Raad een uniforme invulling te geven aan de notie 'passende huisvesting'. Hij verplicht de Lidstaten niet om een huisvestingseis in te stellen, maar legt hen integendeel op om een eventuele vereiste niet strenger te formuleren dan volgens de gangbare normen in de betreffende regio.

Het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden zich op het grondgebied van de lidstaten vrij te verplaatsen en er vrij te verblijven neemt in zijn exhaustieve opsomming van voorwaarden die aan gezinshereniging kunnen worden verbonden geen huisvestingseis op. Hieruit volgt o.i. dat na aanname van de Richtlijn alle Lidstaten<sup>417</sup> tegen juli 2005 gehouden zullen zijn hun eventuele huidige huisvestingseis t.a.v. E.E.R.-onderdanen en hun familieleden af te schaffen.

Ook indirect zullen de Lidstaten, in de huidige lezing van het Voorstel, geen huisvestingseis meer kunnen opleggen aan Unieburgers. Tot op vandaag kan dat gebeuren door middel van de huidige middeleneis. Deze laat toe om na te gaan of de betrokkene alvast over de middelen beschikt om een geschikte woning te huren. In zijn huidige lezing beoogt het Voorstel deze mogelijkheid af te schaffen. Voor zover de Lidstaten hun middelenvereiste handhaven (*cf. infra*, randnr. 186),

<sup>415</sup> Art. 9 Verord. 1612/68.

<sup>416</sup> H.v.J. 18 mei 1989, Commissie t. B.R.D., nr. 249/86 van 18 mei 1989, *Jur. H.v.J.* 1989, 1290; H.v.J. 7 juli 1976, arrest-Watson en Belmann, nr. 118/75, *Jur. H.v.J.* 1976, 1185, § 21; H.v.J. 18 mei 1989, Commissie t. Duitsland, nr. 249/86, 1989, *Jur. H.v.J.* 1989, 1290, overweging 15, concl. J. MISCHO; H.v.J. 9 juli 1987, arrest-Frascogna, nr. 256/86, *Jur. H.v.J.* 1987, 3431, overweging 7.

<sup>417</sup> Niet alleen België, maar o.m. ook Frankrijk dat een ruimere huisvestingseis instelt dan het Belgische recht, met name t.a.v. elke derdelander die niet de werking van een bilateraal akkoord met voordeligere regeling kan invoeren. Hierover N. GUIZEMANES, "Les étrangers et les récentes réformes du droit de l'immigration et de la nationalité", *J.D.I.* 1994, 80.

moeten ze genoeg nemen met een verklaring onder eed door de E.E.R.-onderdaan dat hij over voldoende middelen beschikt om ervoor te zorgen dat hij zichzelf en – bij verzoek om gezinshereniging – zijn gezinsleden niet ten laste zullen vallen van de sociale bijstand. Of de vreemdeling effectief over voldoende bestaansmiddelen beschikt, zou ingevolge het Voorstel voortaan nog m.a.w. slechts kunnen worden nagegaan eens zich in dat verband problemen stellen.

### \* *Evaluatie*

**181.** De Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander en de Richtlijn in voorbereiding inzake gezinshereniging bij een Unieburger laten toe dat in dit verband een ongelijke behandeling wordt ingesteld of gehandhaafd tussen E.E.R.-onderdanen en derdelanders die een recht op gezinshereniging openen. Via het voorstel om een middelenvereiste in te stellen t.a.v. E.E.R.-onderdanen (*cf. infra*) beoogt de Europese wetgever vermoedelijk alsnog om voor alle situaties van gezinshereniging te voorkomen dat een beroep wordt gedaan op sociale bijstand. Het is evenwel de vraag of er een rechtvaardiging is voor het verschil in middelen dat in het licht van die doelstelling wordt ingezet: een huisvestingseis, een middelenvereiste en/of een vereiste van tenlasteneming.

**182.** Een huisvestingseis schendt o.i. overigens reeds in de huidige omstandigheden art. 8 E.V.R.M. Deze bepaling verleent weliswaar als dusdanig geen recht op gezinshereniging. Ze kan wel een toetsingsgrond vormen voor de bepalingen van een vrijwillig uitgebouwd gezinsherenigingsbeleid. Vooralsnog werd aangenomen dat economische overwegingen een weigering van gezinshereniging kunnen rechtvaardigen<sup>418</sup>.

We menen evenwel dat eenieder in beginsel de mogelijkheid moet genieten om zijn recht op gezinshereniging daadwerkelijk uit te oefenen. Een Staat legt een onredelijke voorwaarde op als de vervulling ervan dermate moeilijk is dat het recht op gezinshereniging in zijn substantie wordt aangetast<sup>419</sup>. Dat is het geval als een te groot deel van de migranten niet aan de voorwaarde, bv. de vereiste van een geschikte huisvesting, kan voldoen of, indirect, als een sterke afname van het aantal verzoeken tot gezinshereniging kan worden verklaard door een

<sup>418</sup> O.m. E.C.R.M. nr. 14.102/88, zaak-Aygün t. Zweden, *D&R* 63, 1989, 195; E.C.R.M., zaak-Hamer t. V.K. van 3 december 1979, *D&R* 5, 15, § 68; E.C.R.M., zaak-Draper t. V.K. van 10 juli 1980, *D&R* 72, 80, §55; RAAD VAN EUROPA, *Eindcommuniqué zesde Conferentie Europese Ministers voor migratiezaken*, Warschau 16-18 Juni 1996, *internet*; P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF (1998), 670. Ook de weigering om ascendenten en meerderjarige kinderen tot gezinshereniging toe te laten, kan gerechtvaardigd zijn vanuit een noodzaak voor het economisch welzijn van het land: R.v.St. nr. 46.191, 2 februari 1994, *R.A.C.E.* 1994; R.v.St. nr. 42.743, 3 mei 1993, *Rev. dr. étr.* 1993, 617; zie H. STOREY, "The right to family life and immigration case law at Strasbourg", *ICLQ* 1990, 333.

<sup>419</sup> Zie m.b.t. de huisvesting overigens de verplichting die voortvloeit uit art. 9 regl. 1612/68: "De migrerende werknemer geniet alle rechten en voordelen die aan nationale werknemers worden toegekend inzake huisvesting, inbegrepen toegang tot eigendom van de huisvesting die hij nodig heeft": sociale huisvesting moet ook voor vreemdelingen toegankelijk zijn, als het voorzien wordt voor nationalen.

onvoldoende toegankelijkheid van de woningmarkt<sup>420</sup>.

**183.** Het is o.i. hoedanook niet redelijk om de vervulling van de vereiste te beoordelen op grond van de leefomstandigheden die de gezinshereniger erop nahoudt op het ogenblik van het verzoek. Op dat ogenblik zou o.i. genoeg moeten kunnen worden genomen met de aanwijzing dat de betrokkene tegen het ogenblik waarop de familieleden overkomen over een geschikte woning zal *kunnen* beschikken<sup>421</sup>.

## D.2.B. VOLDOENDE MIDDELEN VAN BESTAAN

### \* *Situering*

**184.** Binnen de huidige Belgische verblijfsregeling wordt gezinshereniging slechts in het kader van de Omzendbrief voor samenwonenden<sup>422</sup> en t.a.v. economisch niet-actieve E.E.R.-onderdanen<sup>423</sup> afhankelijk gesteld van een middelenvereiste. Dergelijke vereiste is erop gericht om te voorkomen dat de vreemdeling die een verblijfhouder vervoegt een beroep doet op sociale bijstand.

Een derdelander kan zich daarentegen door zijn echtgenoot en kinderen laten vervoegen onder de voorwaarden die art. 10 Vreemdelingenwet daartoe stelt. Noch een middelenvereiste noch een plicht tot tenlasteneming zijn daarin bepaald, tenzij de gezinshereniger zijn verblijf steunt op een studentenstatuut.

De Belgische regeling maakt m.a.w. een verschil naargelang van de economische situatie van de E.E.R.-onderdaan. De Belgische verblijfsregeling laat de betrokkenen evenwel de mogelijkheid om aan de voorwaarde te ontsnappen. Uit het subsidiaire karakter van de bijzondere verblijfsregeling voor E.E.R.-onderdanen volgt met name dat de betrokkenen steeds de voorkeur kunnen geven aan de regeling voor derdelanders, als die voordeliger zou blijven

<sup>420</sup> O. DE SCHUTTER, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 538. De bepaling in het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging (versie 2 mei 2002, COM(2002)225 definitief) dat "de lidstaten bij het eerste verzoek om gezinshereniging de gezinshereniger of de gezinsleden (kunnen) verzoeken om het bewijs te leveren dat de gezinshereniger beschikt over huisvesting die in de regio als normaal wordt beschouwd voor een gezin van vergelijkbare omvang en die voldoet aan de algemene normen inzake veiligheid en hygiëne welke in de betrokken lidstaat gelden", biedt o.i. in dit verband onvoldoende waarborgen.

<sup>421</sup> Voorstel n.a.v. de rondetafeldiscussie, weergeg. in H. FULCHIRON (ed.), o.c., 204. Zie ook F. JAULT-SESEKE (1996), 168.

<sup>422</sup> Omz. 30 september 1997 inzake de verblijfsmachtiging op basis van samenwonen in het kader van een duurzame relatie: netto-maandinkomen van minstens 30.000 BEF, vermeerderd met 5.000 BEF per persoon ten laste, beschikbaar voor minstens een jaar.

<sup>423</sup> Art. 52, §1, laatste lid (de vreemdeling die een beroepswerkzaamheid heeft uitgeoefend - in toepassing van richtlijn 90/365), art. 54, §1, laatste lid (de restcategorie naar Europees recht - in toepassing van richtlijn 90/364), art. 55bis §1 j° 55§1 (familie van een EER-student), art. 68 j° art. 63§1, laatste lid Vreemdelingenbesluit (de restcategorie, ingesteld door de vreemdelingenwet). Zie ook hoofdstuk 3, B.2.d. Omz. 14 juli 1998 betreffende de verblijfsvoorwaarden voor E.G.-onderdanen en hun familieleden alsmede betreffende de verblijfsvoorwaarden voor de vreemde familieleden van de Belgische onderdanen, B.S. 21 augustus 1998.



te zijn<sup>424</sup>. Voldoet de E.E.R.-onderdaan m.a.w. aan de voorwaarden die voor gezinshereniging aan derdelanders worden gesteld (geldige binnenkomstdocumenten en beide partners zijn ouder dan achttien jaar), dan kan hij zijn familielid binnen de grenzen van wat art. 10 Vreemdelingenwet bepaalt, alsnog laten overkomen, zonder aan de middelenvereiste onderworpen te zijn. De vreemdeling die zijn verblijf op zijn studies steunt, blijft evenwel onderworpen.

**\* Impulsen van Europees recht**

**185.** Het Europees recht verplicht de Lidstaten ertoe om gezinshereniging bij een Europese student of economisch-niet-actieve E.E.R.-onderdaan steeds afhankelijk te maken van genoemde voorwaarde<sup>425</sup>. Over de invulling van het begrip "voldoende bestaansmiddelen" bestaat sinds geruime tijd discussie. De Richtlijn en de Richtlijn in voorbereiding beogen een eenduidige definitie te bepalen.

**186.** Het Voorstel voor een Richtlijn betreffende gezinshereniging bij een Unieburger beoogt de huidige *verplichting* voor de Lidstaten om een bestaansmiddelenvereiste in te stellen in hoofde van de niet-werkende E.E.R.-onderdaan die zich wil laten vervoegen<sup>426</sup>, te verlaten. Art. 34 Voorstel laat de Lidstaten toe om gunstigere bepalingen te treffen dan de Richtlijn vooropstelt. Ze kunnen m.a.w. in gunstige zin afwijken van de in art. 7 opgenomen bestaansmiddelenvereiste t.a.v. elke Unieburger die geen economische activiteit uitoefent als werknemer of zelfstandige<sup>427</sup>, niet is ingeschreven in het dagonderwijs (de categorie "student") en geen E.E.R.-familielid heeft die zich in één van beide situaties bevindt, evenals hun familieleden. Behouden ze die evenwel, dan moeten ze, zoals we hierboven (*cf. supra*, randnr. 180) aangaven, genoeg nemen met een verklaring onder eed.

De Lidstaten zullen m.a.w. geen middelenvereiste meer moeten instellen en als

<sup>424</sup> Art. 40 Vreemdelingenwet stelt immers: "Onverminderd de bepalingen vervat in de Verordeningen van de Raad en van de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de meer voordelige bepalingen waarop de EG-vreemdeling zou kunnen aanspraak maken, zijn de hierna volgende bepalingen op hem toepasselijk (...)"

<sup>425</sup> Richtlijnen 90/364, 90/365 en 93/96. In hoofde van de uitkeringsgerechtigde vreemdeling (na beëindiging van een werkzaamheid in België) evenwel slechts in de vorm van een voorwaarde van voldoende hoge uitkeringen. In hoofde van de student volstaat een verklaring van voldoende bestaansmiddelen (bv. tenlasteneming door de ouders). Zie ook de voorwaarde van een ziektekostenverzekering, die hoog genoeg liggen om te voorkomen dat de echtgenoot een beroep doet op sociale bijstand.

<sup>426</sup> De Lidstaten worden tot op vandaag door o.m. de Richtlijnen 90/364, 90/365 en 93/96 *verplicht* om een bestaansmiddelenvereiste in te stellen: "de Lidstaten mogen uitsluitend om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid van de bepalingen van deze richtlijn afwijken". Men dacht er slechts aan om strengere nationale bepalingen te verbieden. Ook de teneur van de Richtlijn geeft evenwel aan dat soepelere bepalingen eveneens uit den boze zijn.

<sup>427</sup> Behalve in geval van tijdelijke arbeidsongeschiktheid, onvrijwillige werkloosheid en aanmelding bij de bevoegde dienst voor arbeidsvoorziening of wanneer de betrokkene een beroepsopleiding onderneemt die verband houdt met de voorafgaande beroepsactiviteit.

ze dat wél doen, dan zal deze slechts aan de grond van een verblijfsweigering kunnen liggen als de genoemde verklaring niet wordt afgelegd of als de betrokkene door eigen handelen aangeeft dat hij niet aan de vereiste voldoet.

**187.** De Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander beoogde in zijn aanvankelijke ontwerp alle Lidstaten te verplichten om een middelenvereiste te hanteren t.a.v. derdelanders en hun familieleden, behalve aan vluchtelingen. In zijn definitieve versie is de bepaling evenwel herleid tot een loutere toelating in die zin bij de binnenkomst en bij het eerste verzoek tot verlenging van de verblijfstitel.

**188.** Een aanname van de Richtlijn zou eindelijk een eind stellen aan de huidige onhoudbare situatie waarbij niet-actieve E.E.R.-onderdanen wél aan een middelenvereiste worden onderworpen (tenzij ze een beroep doen op de regeling voor derdelanders), terwijl vele derdelanders ervan zijn vrijgesteld.

### **\* Evaluatie**

**189.** Een middelenvereiste legt o.i. een wachttermijn op aan mindervermogenenden. Elke wachttijd, of ze nu expliciet of impliciet is, vormt o.i. niet alleen een inbreuk op het recht op bescherming van het gezinsleven, maar schendt tevens het gelijkheidsbeginsel<sup>428</sup> en art. 19 Europees Sociaal Handvest<sup>429</sup>. De Richtlijn inzake gezinshereniging bij derdelanders laat een wachttijd evenwel, zoals gezegd, toe.

De voormalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft daarentegen meermaals geoordeeld dat financiële criteria onder geen beding van invloed konden zijn op het recht op gezinshereniging voor een behoeftige echtgenote of de kinderen<sup>430</sup>.

**190.** De Richtlijn legt deze jurisprudentie klaarblijkelijk naast zich neer. Het Commissievoorstel inzake vrij verkeer voor Unieburgers en hun familieleden doet hetzelfde. Weliswaar kan de vereiste in de tweede Richtlijn (in voorbereiding) slechts worden afgedwongen eenmaal zich problemen stellen, m.n. eenmaal één van de betrokkenen een beroep doet op sociale bijstand. Men zou hieruit kunnen besluiten dat hij niet disproportioneel is, aangezien minimale middelen worden aangewend om het beoogde doel, het voorkomen van een belasting van de

<sup>428</sup> Wegens ongelijke bescherming van het gezinsleven op louter financiële gronden, op grond van vermogen.

<sup>429</sup> S. PEERS, R. BARZILAY, K. GROENENDIJK en E. GUILD, *The legal status of persons admitted for family reunion. A comparative study of law and practice in some European states*, Council of Europe Publishing, Community relations, Directorate General III- Social Cohesion, 2000, 10.

<sup>430</sup> "family and humanitarian considerations cannot be wholly disregarded or subordinated to financial criteria. In this connection the Commission notes that such criteria do not apply to the immigration to the U.K. of dependent wives and children, and that in all immigration applications the Secretary of State has an overriding discretion to accord any clearance in cases of hardship": E.C.R.M. nr. 9973/82 t. V.K., *aangeh. in E.H.R.R.* 1983, 96. Zie ook Rb. 's Gravenhage 29 februari 2001, *M.R.* 2001, 202.

ationale bijstandsregeling, te bereiken. Het is evenwel de vraag of de voorgestelde regeling werkbaar is: op het ogenblik dat een beroep wordt gedaan op sociale bijstand is mogelijk reeds een sterke band met de betrokken Lidstaat ontstaan en zal een verwijdering wegens het niet voldoen aan de middelenvereiste niet langer gerechtvaardigd zijn in het licht van art. 8 E.V.R.M. Het is overigens de vraag of op dat ogenblik nog sociale bijstand zal kunnen worden geweigerd aan de betrokkenen: hun verblijf is weliswaar voordelig, maar is legaal zolang ze niet worden uitgewezen. Gezien het recht op een menswaardig bestaan, zal steun hen o.i. niet kunnen worden onttrokken.

**191.** Voor zover de middelenvereiste wordt gesteld m.b.t. kinderen beneden de leeftijd van achttien jaar, is ze o.i. overigens strijdig met art. 2 (verbod van discriminatie op grond van welstand), 9, 10 en 16 I.V.R.K.<sup>431</sup>

**192.** In het licht van de proportionaliteitstoets kunnen we ons tevens de vraag stellen of het redelijk is om van de vreemdeling en zijn familieleden te vereisen dat ze voor hun eigen onderhoud instaan, als ze geen voldoende kansen krijgen om aan die voorwaarde te voldoen. Dergelijke kansen ontbreken o.i. als de betrokkenen niet allen toegang genieten tot de arbeidsmarkt. Dat is bv. het geval voor de samenwonende partner die tot het verblijf is toegelaten in toepassing van de regeling voor samenwoners<sup>432</sup>. Familieleden die in het kader van gezinshereniging overkomen, hebben slechts het recht om te werken zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met de toestand van de arbeidsmarkt, als ze recht op verblijf voor onbepaald duur genieten<sup>433</sup>. Een samenwonende partner ontvangt de daarmee corresponderende verblijfstitel slechts na een verblijf van drie jaar en zes maanden.

**193.** We menen in onze kritiek nog verder te kunnen gaan en ontwaren een schending van het gelijkheidsbeginsel wegens ongelijke bescherming van het gezinsleven op louter financiële gronden, op grond van vermogen. Eerbied voor fundamentele waarden kan redelijkerwijze niet afhankelijk worden gesteld van factoren die er geen verband mee houden. Hiermee gaan we evenwel in tegen regels, rechtspraak en tendenzen (zie de Richtlijn en het Voorstel van Richtlijn) die toelaten dat een sterke rem wordt gezet op de migratiestroom.

**194.** Een plicht tot tenlasteneming, eveneens ingesteld door de Omzendbrief voor samenwoners, houdt o.i. dezelfde vorm van discriminatie in. De recente soepele invulling van deze plicht door de Raad van State, m.n. de aanname dat een derde ze kan vervullen<sup>436</sup>, biedt niet de nodige waarborg dat eenieder met

<sup>431</sup> Zie ook: M. VAN DER LINDE, "De betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind voor migrantenkinderen", *Migrantenrecht* (Ndl.) 1995, afl. 5, 107.

<sup>432</sup> Omz. 30 september 1997.

<sup>433</sup> Art. 9, 17 K.B. van 9 juni 1999 houdende de uitvoering van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van buitenlandse werknemers, B.S. 26 juni 1999.

<sup>436</sup> R.v.St. nr. 101.183 van 26 november 2001, *internet*.

oprecht gezinsleven aanspraak kan maken op gezinshereniging<sup>437</sup>.

**195.** Een controle van tenlasteneming kan o.i. slechts indirect een criterium vormen bij de beoordeling van het behoud van feitelijk gezinsleven. Wordt gezinshereniging aan een bepaald familielid slechts toegestaan onder de voorwaarde dat dat familielid ten laatste tot het ogenblik van de binnenkomst ten laste is van de gezinshereniger, dan wordt nagegaan of de verzoeker de familieleden vanuit België onderhoudt. Dergelijk onderzoek is o.i. gerechtvaardigd. Ook daarbij moet evenwel rekening worden gehouden met de middelen van de kandidaat-gezinshereniger. Ligt financiële ondersteuning binnen zijn mogelijkheden, dan menen we dat uit die ondersteuning de oprechtheid van de familieband kan worden afgeleid. Kan de betrokkene niet langs financiële weg blijf geven van de oprechtheid van zijn familieband, dan dient hij de kans te krijgen om die oprechtheid op andere wijze aannemelijk te maken.

**196.** We menen dat het is aangewezen om t.a.v. elke gezinssituatie die de *connections approach* doorstaat, slechts te vereisen dat alle handelingsbekwame<sup>438</sup> gezinsleden zich engageren tot een bijdrage naar vermogen in de lasten van het huishouden.

Concreet houdt dit in dat de huidige regeling voor echtgenoten en kinderen zou worden gehandhaafd, aangezien die plicht reeds voortvloeit uit het burgerlijk recht, m.n. uit de burgerrechtelijke bijdrageplicht resp. onderhoudsplicht. Van samenwoners zou een *contractueel* engagement tot bijdrage naar vermogen kunnen worden gevergd, in het kader van het verplicht aan te gane samenwoningscontract. Eenmaal dergelijk engagement op afdwingbare wijze is aangegaan, is het o.i. niet langer geoorloofd om tevens een middelenvereiste en een plicht tot tenlasteneming te handhaven.

**197.** We gaan niet in op verdere binnenkomstvoorwaarden, zoals o.m. het bewijs van verwantschap, de voorwaarde niet *ter fine* van weigering van toegang gesignaleerd te staan in het Schengen Informatie Systeem of geacht te worden de internationale betrekkingen te kunnen schaden, geen bedreiging te vormen voor de openbare orde, rust of veiligheid van het land en niet sedert minder dan tien jaar teruggewezen of uitgezet zijn. Ook deze weigeringsgronden vervullen

<sup>437</sup> Het Arbitragehof heeft nog geen uitspraak moeten doen over de rechtvaardiging van ongelijke behandeling bij de instelling van een plicht tot tenlasteneming in het kader van gezinshereniging. Dit gebeurde wél reeds m.b.t. de voorwaarde tot tenlasteneming, ingesteld in art. 3b/s Vreemdelingenwet. Arbitragehof nr. 43/98 van 22 april 1998, B.S. 29 april 1998, heeft deze voorwaarde alvast verenigbaar bevonden met het gelijkheidsbeginsel. Het verschil in behandeling naargelang de vreemdeling door een natuurlijke persoon of door een rechtspersoon ten laste wordt genomen (de wettelijke vereiste van een tenlasteneming door een natuurlijke persoon sluit niet uit dat die persoon, in geval van inwerkingstelling van de waarborg, een tegemoetkoming van een rechtspersoon kan genieten), en naar gelang van de duur waarvoor de persoon is gemachtigd om in België te verblijven en ten slotte naargelang de vreemdelingen ofwel tot een kort verblijf zijn toegelaten ofwel studenten zijn, werd gerechtvaardigd bevonden. Hiermee is evenwel niet uitgemaakt of een ongelijke bescherming van gezinsleven is gerechtvaardigd.

<sup>438</sup> Dit om het onderscheid te maken met de kinderen.

een centrale rol in het gezinsherenigingsrecht. Een bespreking ervan zou ons evenwel tever leiden.

### **HOOFDSTUK 3. VERSCHIJNINGSVORMEN VAN ONGELIJKE BEHANDELING INZAKE HET RECHT OP GEZINSHERENIGING OP HET NIVEAU VAN DE INSCHRIJVING IN HET VREEMDELINGENREGISTER: DE CONTROLE OP DE SAMENWOONST**

#### **A. BEGINSEL**

**198.** Alvorens een familielid wordt ingeschreven in het vreemdelingenregister<sup>439</sup> en een verblijfstitel voor onbepaalde duur ontvangt, wordt hij niet alleen onderworpen aan een controle van de binnenkomstvoorwaarden, maar wordt tevens gedurende een zekere tijd nagegaan of hij effectief samenwoont met de gezinshereniger. Steunt een verzoek tot gezinshereniging op het huwelijk, dan willen de verblijfsinstanties zich ervan vergewissen dat het om een rechtsgeldig huwelijk gaat dat te goeder trouw is aangegaan. De huwelijkse samenwoningsplicht is van openbare orde en kan burgerrechtelijk van elke rechtsonderhorige worden afgedwongen. De administratiefrechtelijke verplichting ligt in het verlengde ervan.

Ook andere familieleden die zich op de familieband beroepen en op hun wens om dat familieleven in België effectief aan te vangen, te hervatten of voort te zetten, worden gecontroleerd op de uitvoering van die intentie<sup>440</sup>. Terwijl t.a.v. hen in het burgerlijk recht het bestaan van een juridische verwantschapsband een noodzakelijke en voldoende voorwaarde is, staat in het verblijfsrecht de feitelijke beleving van het gezinsleven centraal.

**199.** Elkeen die gebruik maakt van de regeling inzake gezinshereniging, wordt onderworpen aan een samenwoonstcontrole. De toepassing ervan varieert naargelang van de nationaliteit van de gezinshereniger en/of van de aard van familieband.

<sup>439</sup> Zoals staat aangegeven in art. 12*bis* resp. art. 42 Vreemdelingenwet.

<sup>440</sup> Zie o.m. art. 2, laatste zin Voorstel van 3 juni 1993 van de *ad hoc* werkgroep immigratie voor een "Harmonization of national policies on family reunification, Principles governing member states' policies on family reunification", weergeg. in A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENCE (ed.), *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1993, 81: "the spouse and the children may be admitted only for the purpose of living together with the resident". Zie evenwel de kritiek van P. BOELES en A. KUIJER, *l.c.*, 30, dat deze voorwaarde strijdig is met art. 8 E.V.R.M. het Hof voor de Mensenrechten oordeelde reeds dat het feitelijk gezinsleven evengoed op een andere wijze kan worden voortgezet: Hof Mensenrechten 21 juni 1988, arrest-Berrehab; Hof Mensenrechten, arrest-Moustaquim t. België.

**200.** Bij zijn binnenkomst ontvangt de vreemdeling een attest van immatriculatie. Pas na afloop van de samenwoonstcontrole wordt hij ingeschreven in het vreemdelingenregister en gaat zijn recht op verblijf daadwerkelijk in.

**201.** We bespreken de controle in deze toegangspoort beknopt, omdat het principe ervan in het derde deel, meer bepaald bij de bespreking van huidige en wenselijke middelen ter bestrijding van schijnhuwelijken<sup>441</sup> en schijnpartnerschappen<sup>442</sup>, aan een kritisch onderzoek zal worden onderworpen. Het verschil in behandeling tussen familieleden van EER-onderdanen en familieleden van derdelanders die een recht op gezinshereniging genieten<sup>443</sup>, zal daarbij mede een evaluatie-element vormen.

**202.** We staan in deze derde toegangspoort slechts stil bij de rechtvaardiging die voorsnog aan de samenwoonstcontrole wordt verleend en beperken ons er voorts toe om te wijzen op de opvallend soepele regeling naar Belgisch recht, i.t.t. naar het recht van bepaalde buurlanden en i.t.t. de criteria die worden aangereikt door Europese regelgeving in voorbereiding.

## **B. RECHTVAARDIGING VAN DE CONTROLE**

### **B.1. HET ARBITRAGEHOF EN DE RAAD VAN STATE EN DE RECHTVAARDIGING VAN HET VERSCHIL IN BEHANDELING**

**203.** Het Arbitragehof heeft in 1996 bevestigd dat art. 10, 4° Vreemdelingenwet, aldus geïnterpreteerd dat de buitenlandse echtgenoot die om uitoefening van het recht op gezinshereniging verzoekt duurzaam met zijn echtgenoot dient samen te wonen, het gelijkheidsbeginsel niet schendt. Er kan geen discriminatie worden aangenomen tussen Belgen en vreemdelingen, op grond van het loutere gegeven dat de eerstgenoemden gescheiden van hun echtgenoot mogen leven zonder andere gevolgen dan die van art. 223 e.v. B.W., en de anderen dat niet mogen, willen ze het recht niet verliezen om in België te verblijven. De ongelijke behandeling op grond van nationaliteit berust volgens het Hof op een objectief criterium, dat als doelstelling heeft de immigratie af te remmen en toch rekening te houden met vreemdelingen die banden hebben met Belgen.

**204.** Ook de verschillende behandeling tussen EER-onderdanen en derdelanders en hun respectieve partners werd verenigbaar bevonden met het gelijkheidsbeginsel. Een samenwoonstcontrole is gerechtvaardigd, mits deze plaatsheeft binnen een redelijke termijn, en mits een niet-effectieve en niet-duurzame scheiding niet wordt aangewend om een toelating tot het verblijf te

<sup>441</sup> Deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 393 e.v.

<sup>442</sup> Deel 3B (de buitenhuwelijkse tweerelatie), hoofdstuk 4, randnrs 65-69.

<sup>443</sup> Buitenhuwelijkse partners genieten in toepassing van de omzendbrief van 30 september 1997 slechts de regeling van een gebonden machtiging tot het verblijf. Daarbij wordt geen verschil ingesteld op grond van nationaliteit, ook niet inzake samenwoonstcontrole, *cf. infra*, deel 3B, hoofdstuk 4, randnr. 57.

weigeren.

**205.** De Raad van State deelt dit standpunt: "de voorwaarde van samenleving vormt een noodzakelijke inbreuk ter bescherming van alle waarden die deze bepaling toelaat te waarborgen, om de dubbele reden dat ze in gevaar dreigen te worden gebracht door de aanwezigheid in het Rijk van weinig of niet geïntegreerde vreemdelingen en dat een minimum aan stabiliteit van gemeenschap met een reeds tot het verblijf toegelaten echtgenoot beschouwd kan worden als integratiefactor"<sup>444</sup>.

## **B.2. DE RAAD VAN STATE EN DE GERECHTVAARDIGDE CONTROLETERMIJN**

**206.** Het komt de Raad van State toe te beoordelen of de administratie, bij het toepassen van art. 10, 4° Vreemdelingenwet, haar bevoegdheden niet te buiten gaat door op onevenredige wijze inbreuk te maken op de eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven<sup>445</sup>.

Wat de termijn betreft oordeelde de Raad van State alvast dat de controle en desgevallend de beslissing waarbij toelating wordt geweigerd, geen buitensporige inmenging in het privé-leven of het gezinsleven van de betrokkenen vormt<sup>446</sup>. De Raad steunde zich daartoe op de vaststelling dat de gemeenrechtelijke controle van de samenwoning slechts wordt toegestaan in de periode die voorafgaat aan de beslissing om de vreemdeling al dan niet voor onbepaalde duur tot het verblijf toe te laten<sup>447</sup>. Deze beslissing wordt hoogstens vijftien maanden na de aanvraag genomen ten behoeve van familieleden van derdelanders<sup>448</sup> en hoogstens zes maanden na de aanvraag ten behoeve van

<sup>444</sup> R.v.St. nr. 53.030, 24 april 1995, *Rev. dr. étr.* 1996, 39, *T. Vreemd.* 1996, 19; bevestigd in: R.v.St. nr. 78.299, 22 januari 1999, *APM* 1999, 24.

<sup>445</sup> Omz. 8 juli 1999, *B.S.* 6 oktober 1999, laat burenbefraging toe teneinde na te gaan of de betrokken vreemdelingen samenwonen, of ze een gemeenschappelijke woning hebben en of ze elkaar kennen. Daarbij wordt evenwel expliciet gesteld dat art. 8 E.V.R.M. en art. 15 G.W. moeten worden gerespecteerd. Aangezien de controle niet wordt uitgevoerd in het kader van een huiszoeking in de zin van artikel 148 van het Strafwetboek, kan de controle bovendien niet gebeuren zonder de toestemming van de betrokkenen.

<sup>446</sup> R.v.St. nr. 53.030, 24 april 1995, *Rev. dr. étr.* 1996, 39, *T. Vreemd.* 1996, 19.

<sup>447</sup> Achteraf kan niet langer op de toelating tot verblijf worden teruggekomen op grond van de overweging dat de betrokkenen niet langer samenwonen: impliciet in Arbitragehof nr. 4/96, 9 januari 1996, *B.S.* 27 februari 1996. In het geval van een derdelander-student daarentegen gebeuren jaar na jaar controles: Omz. 15 september 1998 betreffende het verblijf van vreemdelingen die in België wensen te komen studeren, *B.S.* 4 november 1998. Art. 10bis§1 Vreemdelingenwet laat toe dat de familieleden worden verwijderd als ze niet langer aan alle binnenkomstvoorwaarden voldoen. De buitenhuwelijkse partner ondergaat de eerste controle gedurende de periode van zes maanden die volgt op het toekennen van de machtiging tot verblijf. De drie andere controles dienen één maal per jaar gedurende drie jaar plaats te grijpen. Deze langere samenwoonstcontrole is geen uitzondering op de regel, aangezien ze betrekking heeft op personen die slechts kort verblijf genieten.

<sup>448</sup> Zie bv. R.v.St. nr. 33.275 van 20 oktober 1989, *T. Vreemd.* 1989, 16: bevestiging bevel, daterend van zeven maand na huwelijk, om het grondgebied te verlaten wegens niet-samenwoning. (in die periode gold evenwel nog geen controlebeperking in de tijd); R.v.St. 24

familieleden van EER-vreemdelingen en Belgen<sup>449</sup>. Waarom het samenvallen van deze termijnen een voldoende rechtvaardiging vormt, is niet duidelijk. De Raad van State heeft zich ertoe beperkt te besluiten dat de huidige termijn van een jaar en drie maanden redelijk is bevonden door de wetgever.

De administratieve overheid zou zich wél op ontoelaatbare wijze in het privé- en gezinsleven van de betrokkenen mengen indien zij haar beslissing zou nemen buiten een redelijke termijn of indien zij een scheiding die niet effectief en duurzaam is als een voorwendsel zou gebruiken om de toelating tot het verblijf te weigeren<sup>450</sup>. Ook als de vreemdeling verplicht zou worden om definitief te breken met zijn echtgenoot of als de toegang tot het verblijf hem ook na regularisatie van zijn situatie nog zou worden geweigerd, zou art. 8 E.V.R.M. worden geschonden<sup>451</sup>.

## C. OVERWEGINGEN OMTRENT DE MATE WAARIN DE DIENST VREEMDELINGENZAKEN DE GELDIGHEID VAN HET HUWELIJK KAN BEOORDELEN

### C.1. DE WEIGERING VAN VERBLIJF OP GROND VAN DE ONTSTENTENIS VAN SAMENWONING

**207.** Aangezien de Vreemdelingenwet geen genoegen neemt met het bestaan van een *juridische* gezinsband, maar tevens vereist dat de persoon die een beroep doet op gezinshereniging een *feitelijk* gezinsleven heeft met de gezinshereniger, is het mogelijk en o.i. ook gerechtvaardigd dat verblijf wordt geweigerd aan gehuwden die niet samenwonen, ook al wordt de rechtsgeldigheid van de juridische gezinsband niet gerechtelijk betwist<sup>452</sup>.

---

november 1989, nr. 33.452, *T. Vreemd.* 1990, 18.

<sup>449</sup> Resp. art. 12bis, laatste lid (bevestigd door o.m. R.v.St. nr. 64.222, 28 januari 1997, *T. Vreemd.* 1998, 72) en 42, derde lid Vreemdelingenwet, bepaald bij wet van 6 augustus 1993. Voorheen was bij K.B. van 16 augustus 1984 de oorspronkelijke beslissingstermijn van drie maand voor de minister afgeschaft en niet vervangen door een nieuwe termijn. Dit bracht de vreemdeling in een situatie van grote rechtsonzekerheid: hij ontving een annex 15bis, met een geldigheidsduur van drie maand, die daarna maand per maand werd verlengd. Telkens opnieuw kon de samenwoning worden gecontroleerd. Zie o.m. de kritiek van TAVERNE tegen het eigengereide optreden van de Dienst Vreemdelingenzaken: M. TAVERNE, "Noot bij het arrest ATIA (dd. 20 oktober 1989) en het arrest GHARROUDI (dd. 24 november 1989)", *T. Vreemd.* 1989, 24.

<sup>450</sup> Arbitragehof nr. 4/96, 9 januari 1996, *B.S.* 27 februari 1996.

<sup>451</sup> R.v.St. nr. 40.061, 28 juli 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 40.236, 9 september 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 40.242, 9 september 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 38.653, 5 februari 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 38.542, 22 januari 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 38.424, 7 januari 1992, *T. Vreemd.* 1992, 74. Met deze bedenking verwijzen we terug naar de problematiek van de binnenkomstdocumenten.

<sup>452</sup> In het kader van de samenwoningcontrole neemt de Dienst Visa van de Dienst Vreemdelingenzaken systematisch contact op met de gemeentelijke politiediensten. Deze voeren de controle uit. Heeft de Dienst Visa bij het behandelen van een dossier het vermoeden dat het een schijnhuwelijk betreft, dan zal hij tevens het Bureau Opsporingen contacteren. Dit Bureau zal na verdere informatievergaring en opzoeken alle bekomen inlichtingen en resultaten overmaken aan het bevoegde Parket, met het oog op een gerechtelijk onderzoek.



De echtelijke samenwoning is weliswaar een huwelijksplicht en er zijn burgerrechtelijke instrumenten ter beschikking om de burgerrechtelijke geldigheid van het huwelijk te betwisten. Dit is evenwel niet vereist opdat de verblijfsinstanties een recht op verblijf zouden kunnen weigeren<sup>453</sup>. Zij kunnen dat doen op grond van de vaststelling dat een andere verblijfsvoorwaarde dan die van een burgerrechtelijk geldige gezinsband niet is nageleefd, m.n. de verblijfsvoorwaarde van samenwoning<sup>454</sup>. Deze feitelijke vaststelling volstaat om een bevel af te geven om het grondgebied te verlaten, mits voldoende overtuigend blijkt dat het gebrek aan samenwoning niet uiterst tijdelijk of een situatie van overmacht is<sup>455</sup>.

**208.** Deze beperking is o.i. gerechtvaardigd, aangezien slechts oprecht gezinsleven de bescherming van art. 8 E.V.R.M. geniet.

<sup>453</sup> Ook bij gezinshereniging op grond van een andere gezinsband geldt overigens een samenwoningsplicht. De burgerrechtelijke geldigheid van die gezinsband (afstamming) is *niet* afhankelijk van samenwoning. Een burgerlijke nietigverklaring of ontbinding van de band kan bijgevolg niet bekomen worden op grond van een ontstentenis van samenwoning. *A fortiori* kan een oordeel van de Dienst Vreemdelingenzaken niet van dergelijke burgerlijke rechtshandeling afhankelijk worden gesteld.

Zie overigens de besprekingen in Nederland om de burgerrechtelijke samenwoningsplicht van gehuwden op te heffen. De Vc (Vreemdelingencirculaire) 2000 bepaalt uitdrukkelijk dat dergelijke aanpassing van het B.W. de samenwoningsvereiste in de verblijfswet niet zal aantasten. Hierover TH. HOLTERMAN, *Vreemdelingenrecht. Toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2002, 43.

<sup>454</sup> De Minister van Binnenlandse Zaken heeft verduidelijkt dat een toelating tot het verblijf in het algemeen belang onverwijld kan worden geweigerd, als duidelijk is dat de gehuwde vreemdelingen nooit hebben samengewoond of dat zij definitief hebben opgehouden samen te wonen: Parl. vr. 21 mei 1997, *Parl. St. Kamer*, 1997-98, nr. 157/62, *Rev. dr. étr.* 1999, 166 (nr. 588, DAEMS).

<sup>455</sup> De burgerlijke rechter heeft in het kader van een vordering tot nietigverklaring op grond van schijnhuwelijk reeds meermaals geoordeeld dat een ontstentenis van samenwoning voorlopig de geldigheid van het huwelijk niet in de weg stond. Dat was niet enkel het geval bij fysieke onmogelijkheid tot samenleven (o.m. wegens opsluiting of hospitalisering), maar ook als religieuze redenen een samenwoning voorlopig in de weg stonden, bv. omdat het huwelijk nog niet religieus gevierd was. Was een viering wél gepland voor de nabije toekomst en kon het uitstel gerechtvaardigd worden, dan werd de vordering tot nietigverklaring op grond van schijnhuwelijk afgewezen. De Dienst Vreemdelingenzaken past de samenwoningsvereiste evenwel strikter toe. Ze lijkt slechts rekening te houden met een fysieke onmogelijkheid tot samenleven: E. DE CALLATAY, "Les mineurs étrangers et l'Office des étrangers", *Rev. dr. étr.* 1994, speciaal nummer, 25. De Raad van State en de Commissie van Advies voor Vreemdelingen hebben aangegeven dat een intentie om samen te wonen, ook al wordt die intentie gevolgd door een korte periode van samenwonen, niet volstaat: R.v.St. nr. 33.452, 24 november 1989 (bevel na 1 jaar en 7 maand huwelijk, toen de betrokkenen nog maar sinds enkele maanden samenwoonden in België); R.v.St. nr. 33.275, 20 oktober 1989, *T. Vreemd.* 1989, 16 e.v. De Commissie van advies voor vreemdelingen heeft op 16 juni 1988 (weergeg. in *T. Vreemd.* 1989, 21) verduidelijkt dat de term 'van rechtswege' in art. 10 Vreemdelingenwet eigenlijk geen betekenis heeft en dat 'komt leven met' moet worden begrepen als 'leeft met'. Meer hierover: deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 393 e.v.

## C.2. DE WEIGERING VAN VERBLIJF OP GROND VAN VERMOED SCHIJNHUWELIJK, SCHIJNERKENNING OF SCHIJNADOPTIE

**209.** Wonen de partners evenwel samen en wordt de geldigheid van het huwelijk niet burgerrechtelijk betwist, dan menen we dat de Dienst Vreemdelingenzaken niet eigenhandig kan optreden en de betrokkenen het verblijf kan weigeren. Hetzelfde geldt bij gezinshereniging op grond van afstamming. Zodra aan alle vereisten is voldaan die de Vreemdelingenwet stelt, kan een weigering o.i. slechts volgen na burgerrechtelijke betwisting van de geldigheid van het huwelijk of de afstammingsband.

**210.** Tijdens de behandeling van de vordering tot nietigverklaring, en ook reeds vanaf de doorzending van het dossier naar het parket, kan de afgifte van de gevraagde verblijfstitel voorlopig worden uitgesteld. Bij voorkeur wordt in dat geval een machtiging tot voorlopig verblijf verstrekt, die wordt verlengd tot de procedure is afgerond.

**211.** De Dienst Vreemdelingenzaken heeft ons meegedeeld dat hij vandaag reeds op deze wijze tewerkgaat. Indien het Parket na verloop van een zekere termijn – over de duur ervan werd geen uitsluitel gegeven – nog geen advies heeft verstrekt aan de Dienst Vreemdelingenzaken en evenmin een procedure tot nietigverklaring heeft opgestart, zal het visum gezinshereniging alsnog worden afgegeven.

**212.** O.m. art. 4 en 9 Voorstel van 3 juni 1993 van de Europese *ad hoc* werkgroep Immigratie<sup>456</sup> geven aan dat ze dergelijke regeling niet beschouwen als een vereiste in het licht van art. 8 en/of 12 E.V.R.M. De bepalingen stellen voorop dat de Lidstaten de discretionaire bevoegdheid hebben om te bepalen wanneer gezinshereniging op grond van vermoed schijnhuwelijk resp. schijnadoptie kan worden geweigerd<sup>457</sup>.

De Richtlijn inzake het recht op gezinshereniging bij een derdelander stelt voorop dat de Lidstaten specifieke controles kunnen verrichten in geval dat er “gegronde vermoedens bestaan dat er sprake is van fraude of een schijnhuwelijk, -partnerschap of –adoptie”, in die zin dat ze “uitsluitend tot stand zijn gebracht om voor de betrokken persoon toegang tot of verblijf in een Lidstaat te verkrijgen”. “Bij de beoordeling van dit punt kunnen de Lidstaten in het bijzonder rekening

<sup>456</sup> Voorstel van 3 juni 1993 van de *ad hoc* werkgroep immigratie voor een “Harmonization of national policies on family reunification, Principles governing member states’ policies on family reunification”, weergeg. in A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENCE (ed.), *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1993, 81.

<sup>457</sup> De formulering laat uitschijnen dat de administratieve overheden daar autonoom over kunnen oordelen in het licht van het verblijfsrecht. Zie ook art. 13 Voorstel van 3 juni 1993: “the authorization to stay granted to a family member may be terminated at any time if there are grounds for presuming that it was obtained by means of fraud or forgery”.

houden met het feit dat het huwelijk, het partnerschap of de adoptie tot stand zijn gebracht nadat aan de gezinshereniger een verblijfstitel is verleend<sup>458</sup>.

213. We gaan hier nader op in bij de bespreking van de strijd tegen schijnhuwelijken<sup>459</sup>.

### **C.3. HET GEVAAR VAN EEN TE BEPERKTE CONTROLE: NA AFLOOP VAN DE SAMENWOONSTCONTROLE IS HET RECHT OP VERBLIJF DEFINITIEF VERWORVEN, BEHOUDENS BIJ NIETIGVERKLARING VAN DE GEZINSBAND DIE AAN HET VERBLIJF TEN GRONDSLAG LAG**

214. Buiten de hypothese dat de gezinsband die aan het verblijf ten grondslag lag, wordt nietigverklaard, is het verblijf in België definitief gewaarborgd vanaf de afgifte van een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister (BIVR), na afloop van de samenwoonstcontrole, behoudens bij schending van de openbare orde of veiligheid<sup>460</sup>.

De familieleden van bevoorrechte<sup>461</sup> EER-onderdanen die een beroep doen op gezinshereniging moeten m.a.w. strikt genomen hun familieband slechts tot de zevende maand na binnenkomst feitelijk en juridisch laten voortbestaan, gerechtigde familieleden van derdelanders ten laatste tot de zestiende maand na binnenkomst<sup>462</sup>. Buitenhuwelijkse partners van wettige verblijfhouders moeten drie jaar en zes maanden wachten op hun zelfstandig verblijfsrecht<sup>463</sup>, omdat de samenwoonstcontrole voor hen zolang aanhoudt.

215. De wetgever van 1993 heeft, tegen het advies van het Koninklijk Commissariaat voor het Migrantenbeleid in, geoordeeld dat de samenwoonstcontrole niet langer dan een jaar moet aanhouden, met het oog op meer rechtszekerheid voor de vreemdeling<sup>464</sup>. Het cruciale moment om schijnhuwelijken op te sporen zou gelegen zijn in de zesde tot negende maand

<sup>458</sup> Art. 16 Richtlijn.

<sup>459</sup> Cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 2. Op de problematiek van de schijnerkenning en -adoptie gaan we in dit onderzoek niet nader in.

<sup>460</sup> Art. 20 Vreemdelingenwet.

<sup>461</sup> EER-onderdanen genieten niet onvoorwaardelijk een recht op vrij verkeer, maar moeten hetzij economisch actief zijn, hetzij aan bijkomende voorwaarden voldoen, hetzij genoegen nemen met de regeling voor derdelanders: cf. *supra*.

<sup>462</sup> Niettemin heeft de Raad van State zich in 1989 twee maal in andere zin uitgesproken, op tegengesteld advies van de eerste auditeur: R.v.St. arrest-Atia van 20 oktober 1989 en R.v.St. arrest-Gharroudi van 24 november 1989, besproken in M. TAVERNE, "Noot bij het arrest ATIA (dd. 20 oktober 1989) en het arrest GHARROUDI (dd. 24 november 1989)", *T. Vreemd.* 1990, afl. 58, 22-24, waarbij het verblijfsrecht nog werd ontnomen na twee jaar samenwoning, n.a.v. de beëindiging ervan.

<sup>463</sup> Omzendbrief van 30 september 1997.

<sup>464</sup> Voorstel van wet houdende wijziging van de artikelen 10, 11, 12 en 14 van de wet van 15 december 1980, *Parl. St. Kamer*, stuk nr. 133/3, 4 (leidde tot de wet van 6 augustus 1993, *B.S.* 26 oktober 1993): "een langere termijn heeft weinig zin, omdat die niet zal leiden tot een veel groter aantal vaststellingen van misbruiken van het recht op gezinshereniging".

na de binnenkomst.

**216.** We menen dat de wetgever hiermee onvoldoende waarborgen inbouwt tegen een afwending van het gezinsherenigingsrecht. Rekening houdend met het gegeven dat gezinshereniging vandaag de voornaamste migratiegrondslag vormt, hebben de vestigingsbepalingen en de bijzondere beschermingsbepaling van art. 21 Vreemdelingenwet in de praktijk zo goed als al hun slagkracht verloren. De inschrijving in het vreemdelingenregister, waarbij het recht op verblijf voor onbepaalde duur definitief wordt verworven, blijkt het scharniermoment te zijn voor de overstap van een precair naar een stevig verblijfsstatuut.

Weliswaar kan een vreemdeling in België pas ten vroegste na twee jaar huwelijk uit de echt scheiden op grond van langdurige feitelijke scheiding of met onderlinge toestemming<sup>465</sup>. Het is evenwel denkbaar dat hij voorheen reeds een schuldechtscheiding uitlokt of in het buitenland onder soepelere voorwaarden een wettige echtscheiding bekommt.

Het feit dat vanaf het verloop van de genoemde termijnen geen controle op de samenwoning meer mogelijk is, impliceert overigens dat de strijd tegen schijnhuwelijken aanzienlijk bemoeilijkt wordt. Slechts als de andere partner fraude aankaart, of als het O.M. een sterk vermoeden in die zin heeft en uit eigen beweging controles instelt, kan nog aan het licht komen dat de intentie om een levensgemeenschap aan te gaan, nooit heeft bestaan.

**217.** Om die reden is het van belang om een goed doordacht beleid inzake samenwoonstcontrole te voeren.

Ook als we de redenering van de wetgever volgen, rijst de vraag waarom de echtgenoot van een EER-onderdaan zijn recht op verblijf reeds na zes maanden gewaarborgd ziet, als de wetgever pas de daaropvolgende drie maanden als cruciaal beschouwt in de strijd tegen schijnhuwelijken.

**218.** De samenwoonstcontrole vormt voor de Dienst Vreemdelingenzaken de enige grondslag om het verblijf te weigeren terwijl het huwelijk burgerrechtelijk blijft voortbestaan. Na verloop van de controletermijn kan een weigering op grond van onoprechte familieband nog slechts volgen na nietigverklaring van het huwelijk (tenzij de belanghebbende bij het verblijf het voordeel van een putatief huwelijk is verleend).

**219.** We stemmen ermee in dat het is aangewezen om de huwelijkspartner na verloop van een jaar enige verblijfszekerheid te bieden. De verlenging van de verblijfstitel zou evenwel na verloop van dat eerste jaar, conform het advies van het Koninklijk Commissariaat voor Migrantenbeleid, eenmalig afhankelijk kunnen worden gesteld van een nieuwe samenwoonstcontrole.

---

<sup>465</sup> Art. 232 en 276 B.W.

**220.** De Europese richtlijn in voorbereiding m.b.t. gezinshereniging bij een Unieburger heeft haar oorspronkelijke doelstelling<sup>466</sup> verlaten die erin bestond om het recht op zelfstandig verblijf en het recht op voortgezet verblijf voor een derdelander na beëindiging van de gezinsband met de rechtgevendende Unieburger te harmoniseren. Ze bepaalt nog slechts maximumnormen.

Een recht op voortgezet verblijf zou afhankelijk worden gesteld van een huwelijksduur van maximum vier jaar.

Bij vroegere beëindiging van het huwelijk of van de beschermde buitenhuwelijkse tweerelatie zou het familielid dat zelf (inmiddels) EU-onderdaan zijn verblijf evenwel steeds moeten kunnen voortzetten. Voor de verwerving van een duurzaam (zelfstandig) verblijfsrecht kan worden vereist dat hij aan één van de zelfstandige verblijfsgronden voldoet: een economische activiteit uitoefenen, over voldoende bestaansmiddelen en een ziekteverzekering beschikken, studeren of familielid zijn van een persoon die aan één van die voorwaarden voldoet.

Overlijdt de gezinshereniger van een niet-EER-vreemdeling alvorens vier jaar zijn verstreken, dan moet het gezinslid zijn verblijf eveneens steeds kunnen voortzetten. Bij het vertrek van de rechtgevendende zou een recht op voortgezet verblijf voor het familielid dat geen EU-onderdaan is, evenwel slechts moeten worden verstrekt als hij de zorg heeft over minderjarige kinderen die in het betrokken land wonen en studeren op secundair of post-secundair niveau<sup>467</sup>. Bij scheiding of nietigverklaring van het huwelijk of beëindiging van het partnerschap of de beschermde buitenhuwelijkse relatie, moet het gezinslid zijn verblijf minstens kunnen voortzetten indien de relatie aan het begin van de gerechtelijke procedure of bij de beëindiging van het partnerschap minstens twee jaar heeft geduurd, waarvan een jaar in het gastland, of wanneer hem de verzorging van het kind is toevertrouwd of als hij zich in een bijzonder schrijnende situatie bevindt, "bijvoorbeeld lichamelijk of geestelijk geweld binnen het gezin, of om humanitaire redenen".

In de drie genoemde situaties dient de derdelander na vier jaar verblijf een duurzaam verblijfsrecht te kunnen verwerven als hij een economische activiteit uitoefent, over voldoende bestaansmiddelen en een ziekteverzekering beschikt of familielid is van een persoon die aan één van die voorwaarden voldoet.

Personen die als werknemer of zelfstandige hebben gewerkt in de gaststaat en hun familieleden, moeten in bepaalde omstandigheden reeds eerder een zelfstandig verblijfsrecht kunnen verwerven<sup>468</sup>.

<sup>466</sup> Zie o.m. toelichting bij het voorstel, Inleiding, punt 1.2, *l.c.*, 150: "(...) een gemeenschappelijke basis (...) waarbij het noodzakelijk is dat de rechtspositie van alle EU-burgers in de lidstaten wordt geharmoniseerd (...) moet worden gestreefd naar één enkel stelsel op het gebied van vrij verkeer (...)".

<sup>467</sup> Deze becherming steunt op rechtspraak van het Hof van Justitie en geldt dus reeds vandaag: H.v.J. , zaak Baumbast, C-413/99, 17 september 2002.

<sup>468</sup> De voormalige werknemer of zelfstandige en zijn gezinsleden verwerven reeds vroeger een zelfstandig verblijfsrecht als de betrokkenen 60 jaar oud is of pensioensgerechtigd of niet langer werkt t.g.v. een regeling van vervroegde uittreding, mits hij de laatste twaalf maanden gewerkt en de laatste drie jaar gewoond heeft in het gastland. Deze termijnen gelden niet als zijn echtgenoot of partner onderdaan is van de betrokken staat of de nationaliteit van het gastland verloor door

Zoals gezegd zijn dit minimumvereisten en kunnen de Lidstaten een gunstigere regeling handhaven of instellen.

Bij elke verandering in de staat van de persoon, bv. ontbinding van het huwelijk door echtscheiding of overlijden, nietigverklaring van het huwelijk, herroeping van de adoptie, geslaagde betwisting van de afstamming, of wordt het samenlevingscontract ontbonden of vernietigd, gaat elk Belgisch gemeentebestuur vandaag reeds ambtshalve over tot de vervanging van de verblijfs- of vestigingsvergunning<sup>469</sup>.

In dat opzicht zou een eventuele verstrenging van de regeling tot verwerving van een zelfstandig verblijfsrecht alvast geen organisatorische problemen doen rijzen. De scharniermomenten voor dergelijke voortgezette controle zijn door de huidige administratieve procedure reeds wettelijk bepaald, zij het voorlopig met een ander oogmerk, m.n. de automatische aflevering van een nieuw verblijfsdocument. Het zou volstaan om de automatische verlenging om te vormen in een voorwaardelijke verlenging, naar het voorbeeld van o.m. de huidige Nederlandse regeling<sup>470</sup>.

**221.** Het E.U.-recht laat sinds jaar en dag toe om de verlenging van de verblijfstitel afhankelijk te stellen van het voortbestaan van de familieband die

---

huwelijk. Een vroeger zelfstandig verblijfsrecht volgt ook bij staking van het werk t.g.v. blijvende arbeidsongeschiktheid na twee jaar verblijf. Bij staking van werkzaamheid n.a.v. een arbeidsongeval of beroepsziekte of indien de echtgenoot of partner de nationaliteit van het gastland heeft of verloor door huwelijk, geldt geen termijnvereiste. Ook na drie jaar werk en verblijf in de gaststaat of werk in een andere lidstaat maar behoud van de woning in de gaststaat en minstens een terugkeer per week, wordt een vervroegd recht op zelfstandig verworven.

Overlijdt de werknemer of zelfstandige tijdens het arbeidsleven, dan geniet de familie een duurzaam verblijfsrecht mits de werknemer of zelfstandige minstens een jaar in het gastland heeft verbleven, of is overleden t.g.v. een arbeidsongeval of beroepsziekte of indien de overlevende echtgenoot voorheen de nationaliteit van het gastland had, maar is verloren t.g.v. zijn huwelijk met de werknemer of zelfstandige.

<sup>469</sup> Art. 36 K.B. 8 oktober 1981.

<sup>470</sup> Zelfstandig recht op voortgezet verblijf na drie jaar - reeds eerder bij overlijden van de partner of om klemmende reden van humanitaire aard (o.m. inmiddels nauwe banden met het land of andere verblijfhouders; kind dat in het land is geboren en getogen; de situatie dat een terugkeer redelijkerwijze niet verlangd kan worden (oorlog of slecht vooruitzicht m.b.t. de maatschappelijke positie die men daar zou opnemen (bv. als verstoten vrouw), aangetoond geweld). Sinds 2000 is met de Notitie Rechtspositie Vrouwen in het Vreemdelingenrecht van 25 april 2000, 5020540/00/DVB, overigens in een extra bescherming voor slachtoffers van geweld voorzien. Geweld volstaat niet om voortgezet verblijf op te steunen, maar het gegeven dient slechts te worden aangevuld met één andere humanitaire reden, terwijl in andere situaties steeds een samenloop van argumenten is vereist. Volgens o.m. E. VAN BLOKLAND, "De macht van de partner. De onzekere rechten van vrouwen met een afhankelijke verblijfstatus", *Nemesis* 2000, 112 en S. VAN WALSUM, *Het V.N.-Vrouwenverdrag en het Nederlandse vreemdelingenrecht*, Clara Wichmann Instituut, 1996, 63, is de versoepeling een verplichting in het licht van art. 16 Vrouwenverdrag en Algemene Aanbeveling 19 (de verplichting van de overheid om minimale beschermende maatregelen te nemen in geval van geweld en dus o.m. om de vrouw toe te laten haar huwelijk te beëindigen zonder dat daar grote nadelen aan verbonden zijn). Hierover ook S. GOUDSMIT, "Kroniek vreemdelingenrecht. Migrantenvrouwen: meer aandacht, een betere rechtspositie?", *Nemesis* 2001, 92 e.v.

aan het verblijf ten grondslag heeft gelegen<sup>471</sup>.

Voorheen figureerde de notie 'onafhankelijk verblijf' weliswaar in meerdere teksten, maar werd de invulling ervan systematisch overgelaten aan de nationale rechtsstelsels<sup>472</sup>. Het Hof van Justitie heeft met het arrest-Kaba alvast bevestigd dat de tijdelijke afhankelijkheid van de verblijfstitel voor het familielid van een EU-onderdaan geen ongeoorloofde discriminatie vormt t.a.v. het familielid van een onderdaan van het land van verblijf. Zodra de verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd is toegekend, kan aan de houder van de vergunning immers geen voorwaarde meer worden opgelegd<sup>473</sup>. Omwille van die verregaande consequentie moeten de autoriteiten van de lidstaat van ontvangst kunnen eisen dat de aanvrager bij de indiening van het verzoek voldoende duurzame banden met deze staat heeft. Deze banden kunnen onder meer blijken uit het feit dat zijn echtgenoot een onbeperkt verblijfsrecht op het nationale grondgebied heeft, of uit de lange duur van zijn eigen opgebouwde verblijf<sup>474</sup>.

Het Hof van Justitie heeft daaruit besloten dat een Lidstaat kan vereisen dat de echtgenoot van een migrerende werknemer die onderdaan is van een andere Lidstaat, ten minste vier jaar op het grondgebied van deze lidstaat heeft gewoond, alvorens hij een verzoek tot verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd kan indienen, terwijl zij slechts een verblijf van twaalf maanden voorschrijft voor de echtgenoten van degenen die op dit grondgebied hun vaste woonplaats hebben en voor wie geen enkele beperking geldt met betrekking tot de duur van hun verblijf. Dergelijke regeling is geoorloofd en is niet strijdig met artikel 7, tweede lid Verordening nr. 1612/68.

Het Hof heeft gemeend niet te moeten uitmaken of het recht op verblijf voor onbepaalde tijd een sociaal voordeel is in de zin van artikel 7, lid 2, van Verordening nr. 1612/68, om te kunnen besluiten dat deze bepalingen niet

<sup>471</sup> Art. 11 Verordening 1612/68; H.v.J. nr. 261/83, 12 juli 1984, *Jur. H.v.J.* 1984, 3199, concl. P. VERLOREN VAN THEMATAAT; H.v.J. 7 mei 1986, *Jur. H.v.J.* 1986, 1573.

<sup>472</sup> Art. 12 Voorstel van 3 juni 1993 van de ad hoc werkgroep immigratie voor een Harmonization of national policies on family reunification, Principles governing member states' policies on family reunification", weergeg. in A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENSE (ed.), *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1993, 81: "within a reasonable period of time following their admission, family members, in accordance with the national legislation in each Member State, may be authorized to stay on a personal basis independently from the person whom they joined on the basis of family reunification. The principles set out in this document do not affect the member states' national legislation or practice in respect of the rights of reunited families in areas which have no direct bearing on the right of entry and stay". Het voorstel had betrekking op derdelanders t.a.v. wie kon worden vermoed dat ze langdurig verblijf zouden houden. Deze notie zou vrij kunnen worden ingevuld door de Lidstaten (principle 1). Zie ook impliciet de Resolutie betreffende de harmonisatie van de nationale beleidsmaatregelen inzake gezinshereniging, 1 juni 1993, Kopenhagen, die in §11 stelde: "An authorization to stay on the basis of family reunification may, for such a period as the member state concerned determines, be conditional upon the continued fulfilment of the criteria for admission".

<sup>473</sup> H.v.J. 11 april 2000, Arben Kaba, nr. C-356/98, § 31, <http://europa.eu.int/jurisp>.

<sup>474</sup> H.v.J., arrest-Arben Kaba, §33.

geschonden zijn<sup>475</sup>. Uit deze bepaling volgt nochtans dat het vrije verkeer van werknemers slechts met eerbiediging van de vrijheid en de waardigheid kan worden uitgeoefend, indien voor de integratie van het gezin van de communautaire werknemer in de ontvangende lidstaat optimale voorwaarden gelden<sup>476</sup>. Volgens vaste rechtspraak van het Hof verbieden zowel het in artikel 39 van het EG-Verdrag als het in art. 7 van Verordening nr. 1612/68 neergelegde beginsel van gelijke behandeling niet alleen openlijke discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden, m.n. een ongelijke behandeling van gelijken<sup>477</sup>.

Met zijn uitspraak in het arrest-Kaba heeft het Hof van Justitie aangegeven dat de Lidstaten over een volledige autonomie beschikken wat betreft de verlening van verblijfszekerheid. Het is dan ook denkbaar dat deze niet gemakkelijk bereid gevonden zullen worden om dit belangrijke thema uit handen te geven. De besprekingen van de Richtlijn in voorbereiding hebben het nog maar eens uitgewezen.

**222.** Ook de Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander stelt geen verplichting in voor de Lidstaten om een regeling van afhankelijke verblijfstitels in te voeren (wat wel de oorspronkelijke doelstelling was), maar bepaalt integendeel wanneer de Lidstaten ten laatste dergelijk recht moeten verlenen: ten laatste na vijf jaar en reeds vroeger in geval van buitengewoon moeilijke omstandigheden<sup>478</sup> (zie reeds aandacht voor uitzonderlijke situaties in de bestaande Nederlandse regeling voor mishandelde vrouwen<sup>479</sup>). Buiten de laatste hypothese beoogt het Voorstel de Staten bij een wijziging in de gezinssituatie (overlijden of (echt-)scheiding) niet langer algemeen te verplichten om reeds voorheen een zelfstandige verblijfstitel te verlenen. Ze kunnen daartoe in beginsel zelf de voorwaarden bepalen.

<sup>475</sup> H.v.J., arrest-Arben Kaba, § 35.

<sup>476</sup> Bevestigd in: H.v.J. 13 november 1990, arrest-Di Leo, nr. C-308/89, *Jur. H.v.J.* 1990, I-4185, § 13.

<sup>477</sup> H.v.J. 27 november 1997, Meints, nr. C-57/96, *Jur. H.v.J.* 1997, I-6689, § 44 (*in casu* m.b.t. woonplaatsvereiste in de Nederlandse werkloosheidswet); H.v.J. 23 mei 1996, O'Flynn, C-237/94, *Jur. H.v.J.* 1996, I-2617, § 17.

<sup>478</sup> Deze bescherming strekt ertoe vrouwen te beschermen die het slachtoffer zijn van geweld in het gezin, om te voorkomen dat zij n.a.v. hun besluit om het gezin te verlaten dubbel zouden worden benadeeld door de intrekking van hun verblijfstitel. De bepaling kan, luidens de toelichting bij het voorstel, ook gelden voor vrouwen die weduwe zijn, uit de echt gescheiden of verstoten, en die in 'buitengewoon moeilijke' omstandigheden terecht zouden komen als zij verplicht zouden worden om naar hun land van herkomst terug te keren.

<sup>479</sup> Sinds 2000 is met de Notitie Rechtspositie Vrouwen in het Vreemdelingenrecht van 25 april 2000, 5020540/00/DVB, en het Tussentijds Bericht Vreemdelingencirculaire van 8 december 2000, *Stc.* 11 december 2000, in een extra bescherming voor slachtoffers van geweld voorzien. Geweld volstaat niet om voortgezet verblijf op te steunen, maar het gegeven dient slechts te worden aangevuld met één andere humanitaire reden (o.m. inmiddels nauwe banden met het land of andere verblijfhouders; kind dat in het land is geboren en getogen; de situatie dat een terugkeer redelijkerwijze niet verlangd kan worden (oorlog of slecht vooruitzicht m.b.t. de maatschappelijke positie die men daar zou opnemen, bv. als verstoten vrouw)), terwijl in andere situaties steeds een samenloop van argumenten is vereist.



In beginsel zullen door deze grotendeels open bepalingen tussen de Lidstaten onderling verschillende regelingen blijven voortbestaan, die *shopping* (de keuze om in een bepaalde Staat te verblijven, louter omdat daar het snelst een zelfstandig verblijfsrecht wordt verworven en de betrokkene vervolgens vrij kan circuleren binnen de E.U.) mogelijk blijven maken<sup>480</sup>. België zal zijn huidige soepele beleid kunnen voortzetten.

**223.** We gaan nader in op de problematiek van het zelfstandige verblijfsrecht in het derde deel, onder het hoofdstuk huwelijkstoestemming, bij onze bespreking van de strijd tegen schijnhuwelijken en de rol die een latere verlening van een zelfstandig verblijfsrecht daarbij kan vervullen<sup>481</sup>.

#### **C.4. HET VERBLIJFSRECHTELIJKE BELANG VAN EEN VREEMDELING BIJ DE TOEKENNING VAN HET VOORDEEL VAN EEN PUTATIEF HUWELIJK BIJ DE NIETIGVERKLARING VAN ZIJN HUWELIJK**

**224.** Na afloop van de samenwoningcontrole kan een nietigverklaring van de gezinsband, i.t.t. een ontbinding ervan, de voortzetting van het verblijf wél nog in het gedrang brengen. Door de nietigverklaring van het huwelijk wordt het huwelijk met name geacht nooit te hebben bestaan en vervalt retroactief de grondslag die het huwelijk heeft geboden voor het verblijf.

Wordt het huwelijk vernietigd op grond van schijnhuwelijk, dan vervalt het recht op verblijf<sup>482</sup> voor elke vreemdeling, zonder onderscheid naar nationaliteit, ook al heeft hij inmiddels een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister of zelfs een vestigingstitel verworven. Het aangaan van een huwelijk zonder op het ogenblik van de huwelijksluiting<sup>483</sup> enigszins een levensgemeenschap te hebben beoogd, vormt een inbreuk op de openbare orde<sup>484</sup>.

<sup>480</sup> Zie daarentegen de oorspronkelijke doelstelling (Toelichting bij aanvankelijke voorstel, punt 9.3.): "Bovendien zal de vaststelling van gemeenschappelijke criteria het risico verminderen dat onderdanen van derde landen een land van bestemming uitsluitend kiezen op grond van de gunstiger voorwaarden waarvan zij in dat land zouden kunnen profiteren".

<sup>481</sup> Cf. *infra*, deel 3, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste).

<sup>482</sup> Daartoe is niet vereist dat het huwelijk voorafgaandelijk nietig wordt verklaard: R.v.St. nr. 58.965, 1 april 1996, *Rev. dr. étr.* 1996, 742; R.v.St. nr. 42.124, 2 maart 1993, *R.A.C.E.* 1993; R.v.St. nr. 40189, 28 augustus 1992, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 35.752, 31 oktober 1990, *Rev. dr. étr.* 1991, 345. Zie eveneens Franse rechtspraak: Cons. d'Etat fr. 9 oktober 1992, *J.C.P.* 1993, II, 22025, noot F. LAROCHE-GISSEROT. Zie ook de explicitering van dit gevolg in § 4 resolutie Raad EU van 4 december 1997 betreffende maatregelen ter bestrijding van schijnhuwelijken, *P.B.* C. nr. C 382 van 16 december 1997, 1-2.

<sup>483</sup> Zie voor een verdere uitwerking van de problematiek en o.m. onze bedenkingen bij de huidige regel dat de nietigheid wegens schijnhuwelijk niet gedekt kan worden (o.m. Antwerpen 16 juni 1998, 1995/A.R./447, *onuitg.*; Antwerpen 28 april 1998, *A.J.T.* 1999, 540; Antwerpen 18 november 1997, 1996/A.R./3439; Rb. Luik 12 maart 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 271; Rb. Brussel 15 mei 1981, *J.T.* 1981, 523): cf. *infra*, deel 3, hoofdstuk toestemming in het huwelijk.

<sup>484</sup> O.m. Cass. 5 mei 1981, *Pas.* 1981, I, 230, advies O.M.; Gent 13 februari 2001, A.R. 2001/769, *onuitg.*; Luik 30 juni 1999, 1997/A.R./1098, *onuitg.*; Antwerpen 4 mei 1999, 1998/A.R./151, *onuitg.*; Rb. Brussel 10 februari 1999, [http://www.cass.be/cgi\\_juris](http://www.cass.be/cgi_juris); Antwerpen 16 juni 1998,

Het recht om te huwen, zoals beschermd door art. 12 E.V.R.M., art. 16 U.V.R.M. en art. 23, lid 2 I.V.B.P.R., treedt niet in werking als misbruik wordt gemaakt van het huwelijksinstituut. Het Europese recht ontnemt de Lidstaten niet de bevoegdheid om maatregelen te nemen tegen wetsontduiking en misbruik van het gemeenschapsrecht<sup>485</sup>. Het verblijfsrecht van de familieleden is immers geen autonoom recht, maar is ingesteld om het vrij verkeer van personen te bevorderen. Blijken de echtgenoten nooit te hebben samengeleefd of dat met een louter frauduleus oogmerk te hebben gedaan, dan moet tot misbruik van het gezinsherenigingsrecht worden besloten.

In de praktijk beperkt de strijd tegen schijnhuwelijken zich tot derdelanders, dit weliswaar ongeacht of ze zijn gehuwd met een Belg, EER-onderdaan of derdelander. Daarbij lijkt men ervan uit te gaan dat misbruik door EER-vreemdelingen niet mogelijk is, aangezien zij *de iure* vrij verkeer van personen genieten. Niet alle EER-vreemdelingen voldoen nochtans aan de voorwaarden om op zelfstandige grond tot het verblijf te worden toegelaten (*cf. supra*, de vereisten m.b.t. het hebben van voldoende financiële draagkracht). Ook zij hebben er m.a.w. soms voordeel bij om een schijnhuwelijk aan te gaan, aangezien ze er niet in slagen om op een andere grond het land binnen te komen. De huidige selectiviteit binnen de strijd tegen schijnhuwelijken is m.a.w. niet gerechtvaardigd.

**225.** Niet steeds evenwel vervalt het recht op verblijf retroactief na nietigverklaring van het huwelijk. De Dienst Vreemdelingenzaken deelde ons mee dat bij bewijs van goede trouw en toekenning van het voordeel van een putatief huwelijk ook voor het verblijfsrecht kan worden toegestaan dat het verblijf wordt voortgezet, eenmaal de betrokkene een bewijs van inschrijving in het vreemdelingenregister (BIVR) heeft verworven.

**226.** De vreemdeling heeft er belang bij om het voordeel van een putatief huwelijk te worden toegekend, zeker indien hij nog geen recht op vestiging heeft verworven.

**227.** Eenzelfde redenering kan toepassing vinden bij de beoordeling van een buitenhuwelijkse tweerelatie. Noch de omzendbrief in het kader van het verblijfsrecht<sup>486</sup>, noch de interne regeling van de wettelijke samenwoning<sup>487</sup> evenwel houden rekening met de hypothese van een schijnpartnerschap. Ook al

---

1995/A.R./447, *onuitg.*; Antwerpen 28 april 1998, *A.J.T.* 1999, 540; Brussel 10 februari 1998, 1996/A.R./1629, *onuitg.*; Antwerpen 25 november 1997, 1996/A.R./618, *onuitg.*; Antwerpen 18 november 1997, 1996/A.R./3439, *onuitg.*; Antwerpen 1996/AR/3308 en 1996/AR/3442 van 4 november 1997, *onuitg.*; Antwerpen 9 januari 1996, *T. Vreemd.* 1996, 71; Brussel 7 december 1995, *J.T.* 1996, 224; Brussel 7 juni 1994, *T.B.B.R.* 1995, 377; Rb. Gent 00/512/A, 31 januari 2002, *onuitg.*

<sup>485</sup> H.v.J. nr. 370/90, 7 juli 1992, *T. Vreemd.* 1992, 325. Zie ook de Nederlandse wetgever: *T.K.* 1997-98, 23.490, nr. 85.

<sup>486</sup> Omz. 30 september 1997.

<sup>487</sup> Vermoedelijk omdat de strijd tegen geveinsde rechtsverhoudingen voornamelijk met het oog op verblijf wordt gevoerd en de wettelijke samenwoning zich strikt beperkt tot het interne recht.

geeft een duurzame tweerelatie pas na 3, 5 jaar samenwoning recht op verblijf voor onbepaalde duur, de regeling opent een nieuwe deur in deze tijden van restrictieve immigratiepolitiek en schaarse toegang tot het verblijf. Werk moet worden gemaakt van een strijd tegen frauduleuze partnerschappen, opdat ook na verloop van de termijn van 3, 5 jaar nog zou kunnen worden opgetreden tegen relaties die de samenwoningstcontrole d.m.v. fraude ten onrechte steeds hebben doorstaan.

**228.** Elke partij kan de rechter in de loop van een vernietigingsprocedure om het voordeel van een putatief huwelijk verzoeken. Wordt dat voordeel effectief toegewezen, dan blijven niet alleen alle verworven burgerlijke rechtsgevolgen van het huwelijk voortbestaan, maar zal ook het recht op verblijf van de gevestigde 'onwettige' echtgenoot behouden kunnen worden, eens de betrokkene niet langer is onderworpen aan een samenwoningstcontrole en is ingeschreven in het vreemdelingenregister.

**229.** De burgerlijke rechter is evenwel niet bevoegd om het voordeel van een putatief huwelijk *de iure* toe te kennen. Hij kan de saisine immers niet overschrijden.

Laat de partner na om het voordeel van een putatief huwelijk te vorderen, dan rest hem m.a.w. slechts de mogelijkheid om te verzoeken dat de Dienst Vreemdelingenzaken hem een recht op voortgezet verblijf toekent in het kader van een beroep op art. 8 E.V.R.M. – familieleven met een andere persoon dan diegene t.a.v. wie de verwantschapsband is vernietigd – of art. 9, derde lid Vreemdelingenwet. Een afweging van zijn individuele belang bij voortgezet verblijf tegen het algemene belang bij verwijdering kan de Dienst Vreemdelingenzaken of de Raad van State er alsnog toe brengen bij goede trouw geen genoegen te nemen met de nietigverklaring om tot een terugwijzing te besluiten. Hij kan oordelen dat een machtiging tot voortgezet verblijf is aangewezen, op grond van de overweging dat er geen schending is van de openbare orde of dat die niet d rmate groot is dat ze zwaarder zou doorwegen dan het recht om het feitelijke gezinsleven (met de partner en/of met de kinderen) beschermd te zien, of dan het belang dat de betrokkene in uitzonderlijke omstandigheden kan hebben bij een voortgezet verblijf (bv. als terugkeer bemoeilijkt wordt door een zwakke gezondheid of andere buitengewone omstandigheden).

**230.** Beschikt de vreemdeling inmiddels over een vestigingstitel, dan geniet hij in toepassing van art. 20 Vreemdelingenwet een stevigere rechtsbescherming. Nog slechts redenen van openbare orde of veiligheid van het land kunnen een voortzetting van zijn verblijf beletten<sup>488</sup>.

De vreemdeling kan aanvechten dat hij een ernstig gevaar voor de openbare

---

<sup>488</sup> Art. 20 Vreemdelingenwet.

orde of veiligheid van het land vormt<sup>489</sup>.

Slechts als het huwelijk wordt nietigverklaard op grond van schijnhuwelijk of geweld in zijn hoofde, zal hij dat bewijs o.i. niet kunnen leveren.

Een nietigverklaring op grond van dwaling kan een verwijdering van het grondgebied niet rechtvaardigen. Ook al is de dwaling van de ene partner te wijten aan het bedrog door de andere, die dan misschien de partner is die voordeel heeft bij het verblijf: *en mariage trompe qui peut*<sup>490</sup>. Als niet gelijktijdig is vastgesteld dat de bedriegende partner niet de intentie had om een levensgemeenschap aan te gaan, m.a.w. als het huwelijk niet tevens op grond van schijnhuwelijk wordt vernietigd, dan is er o.i. geen sprake van een ernstige schending van de openbare orde.

Een ander gebrek in de toestemming dan veinzing, bv. dwang of gebrek aan toestemming wegens dronkenschap, drugsintoxicatie e.d. op het ogenblik van de huwelijksluiting, laat slechts toe te besluiten tot een ernstige schending van de openbare orde door de vreemdeling, als opzet aan de grondslag lag van dat wilsgebrek.

De hypothese van nietigverklaring op grond van kinderhuwelijk moet in de context van het verblijfsrecht niet behandeld worden. Het verblijfsrecht sluit immers gezinshereniging in geval van kinderhuwelijk *de iure* uit. De te jonge leeftijd volstaat om het verblijf te weigeren. In de gevallen waarbij verblijf vroeger wordt toegestaan dan de leeftijd van 18 jaar, in toepassing van enkele bilaterale verdragen en van de bepalingen voor echtgenoten van EER-onderdanen (*cf. supra*), is er geen rechtsgrond om een nietigverklaring op grond van kinderhuwelijk op te steunen. De betrokken toelatingen beperken zich immers steeds tot huwelijken op de leeftijd van 15 jaar of ouder. De betrokken rechtsstelsels laten immers geen van alle een huwelijk op jongere leeftijd toe.

Hieruit blijkt dat slechts een nietigverklaring van het huwelijk op grond van schijnhuwelijk of geweld door de betrokkene, aan de grondslag kan liggen van een uitzetting van de gevestigde vreemdeling.

## **C.5. DE VERBLIJFSRECHTELIJKE BIJZONDERE BESCHERMING VAN MINDERJARIGE KINDEREN VAN WIE DE AFTAMMINGSBAND VERVALT**

**231.** Minderjarige kinderen van wie de afstammingsband vervalt, zullen over het algemeen, zoals we reeds aangaven, minder gemakkelijk kunnen worden verwijderd.

**232.** Terugbrenging<sup>491</sup> kan slechts plaatsvinden onder de voorwaarde dat in het land van herkomst opvang voor het kind is gevonden. Daartoe is nauwe samenwerking met de autoriteiten van het land van herkomst vereist.

<sup>489</sup> Art. 21 Vreemdelingenwet. O.m. R.v.St. nr. 76.766, 3 november 1998, *T. Vreemd.* 1998, 185.

<sup>490</sup> Rechtsadagium LOISEL.

<sup>491</sup> Art. 118 Vreemdelingenbesluit.

Dergelijke samenwerkingsvormen bevinden zich vooralsnog overwegend in een beginstadium<sup>492</sup>. De Raad van State heeft evenwel te kennen gegeven dat de bepaling van art. 118 Vreemdelingenbesluit toelaat dat uitzonderlijk een bevel wordt afgegeven om het grondgebied te verlaten<sup>493</sup>. Dat bevel kan zonder meer worden uitgereikt.

De Dienst Vreemdelingenzaken past deze praktijk regelmatig toe t.a.v. kinderen ouder dan zestien jaar. Daarbij speelt het argument dat "de betrokkene door zijn gedrag bewees over voldoende maturiteit te beschikken om weer terug te reizen naar zijn land van herkomst"<sup>494</sup>. De Raad van State verzet zich er niet tegen dat het kind van zeventien jaar oud wordt verwijderd, terwijl niet in opvang is voorzien in het herkomstland<sup>495</sup>.

**233.** Gevestigde minderjarigen zullen zelden kunnen worden uitgezet om een reden die verband houdt met het verval van hun afstammingsband. Het verval van hun afstammingsband is immers zelden te wijten aan fraude in hun hoofde. Persoonlijk hebben ze m.n. geen impact op de vaststelling van hun afstamming. Het ontwerp van een nieuwe adoptiewet bevat uitdrukkelijke bepalingen ter bescherming van het kind<sup>496</sup>.

Even zelden zullen ze op een andere wijze geacht worden een ernstig gevaar te vormen voor de openbare orde of veiligheid van het land.

**234.** Ook m.b.t. het kind dat reeds gedurende een zekere tijd in België verblijft en geen banden (meer) heeft met familie in het land van herkomst, zal in beginsel op humanitaire gronden worden geoordeeld dat het in België kan blijven. Bij geboorte en onafgebroken verblijf in België of bij binnenkomst op jonge leeftijd is een voorzichtige afweging van het belang van het kind tegen het algemeen belang aangewezen.

**235.** Is de afstammingsband vervallen tegen de wil van de betreffende ouder en het kind, dan moet o.i. bovendien het feitelijk gezinleven tussen de betrokkenen in het licht van art. 8 E.V.R.M. worden beschermd, tenzij het kind een ouder in zijn herkomstland zou hebben.

Wenst de feitelijke 'ouder' in België niet langer in te staan voor het kind of wenst het kind niet langer bij deze persoon te verblijven, dan zal moeten worden nagegaan wat het belang van het kind het beste dient: een opname in een

<sup>492</sup> M.C. FOLETS en S. BOUCKAERT, "De positie van de minderjarige vreemdeling in het Belgische recht: enkele knelpunten", in E. VERHELLEN (ed.), *Kinderrechtengids*, Gent, Mys&breesch, 1.11, 1999, 1.11. FOLETS-BOUCKAERT (1999), 55.

<sup>493</sup> R.v.St. nr. 58.032, 7 februari 1996, *internet*.

<sup>494</sup> M. BOSSUYT, "Minderjarige asielzoekers", in E. VERHELLEN (ed.), *Rechten van kinderen in de wereld*, Gent, Centrum voor de rechten van het kind, 1996, 205.

<sup>495</sup> R.v.St. nr. 67.630 van 4 augustus 1997, *J.dr.jeun.* 1997, 518, noot S. SAROLEA: niet strijdig met art. 3 E.V.R.M.

<sup>496</sup> Wetsontwerp van 17 juli 2001 tot hervorming van de adoptie, *Parl. St.* Kamer 2002-2003, stuk nr. 1366/11. Het ontwerp is, na amendement door de Senaat, op 20 maart 2003 definitief goedgekeurd door de Kamer, en overgemaakt voor Koninklijke goedkeuring.

Belgische instelling of een terugbrenging naar het land van herkomst of de Staat waarvan het de nationaliteit heeft.

**236.** Bovendien hanteert het nationaliteitsrecht het genoemde principe van het voordeel van een putatief huwelijk. Heeft het kind de Belgische nationaliteit verkregen op grond van de Belgische nationaliteit van de persoon die achteraf blijkt niet zijn moeder of vader te zijn, dan vervalt die nationaliteit – behalve bij dreigende apatridie – weliswaar zodra de biologische afstamming niet langer vaststaat. Art. 8 § 4 W.B.N. vult deze impliciete regel evenwel aan met volgende bepaling: “indien de afstamming niet langer blijkt vast te staan voor de leeftijd van achttien jaar of de ontvoogding voor die leeftijd, kunnen de handelingen die zijn aangegaan toen de afstamming nog vaststond en voor de geldigheid waarvan de staat van Belg vereist was, niet worden betwist enkel en alleen omdat de belanghebbende die nationaliteit niet bezat. Hetzelfde geldt voor de rechten welke zijn verkregen voor die datum”.

**237.** Een gelijkaardige regel geldt voor derdegeneratiemigranten die de Belgische nationaliteit van rechtswege zijn toegekend en wier afstammingsband tijdens hun minderjarigheid vervalt<sup>497</sup>.

**238.** We menen dat ook het recht op verblijf als een verworven recht in de zin van de genoemde bepalingen kan worden beschouwd. Het kind dat de Belgische nationaliteit heeft gehad, ook al is die inmiddels vervallen, genoot op die grond van rechtswege verblijf in België. Het kind heeft o.i. definitief het recht verworven om zijn verblijf in België voort te zetten.

Op termijn zou een uitzondering kunnen worden gemaakt in geval van fraude in hoofde van het kind. Opnieuw evenwel is deze hypothese onwaarschijnlijk. Een kind kan zijn afstamming niet frauduleus bewerkstelligen. De huidige constellatie van het nationaliteitsrecht laat bovendien vooralsnog niet toe dat iemand vervallen wordt verklaard van de Belgische nationaliteit om redenen van fraude<sup>498</sup>.

**239.** Het meerderjarige ‘kind’ wiens afstamming van een Belg niet langer vaststaat, behoudt de Belgische nationaliteit<sup>499</sup> en op die manier zijn recht op verblijf.

**240.** Zowel het verblijfsrecht als het nationaliteitsrecht waarborgen m.a.w. systematisch een bescherming van het minderjarige kind, zodat diens verblijfsrecht niet komt te vervallen, ook al vervalt de oorspronkelijke grondslag daartoe met retroactieve werking.

**241.** Beide voorgaande besprekingen (titel C.4 en C.5) geven aan dat de notie

---

<sup>497</sup> Art. 11 W.B.N.

<sup>498</sup> Cf. *supra*.

<sup>499</sup> Art. 8 §3 W.B.N.

‘voordeel van een putatief huwelijk’ niet alleen in het burgerlijk recht maar ook in het verblijfsrecht een belangrijke rol vervult. We zullen er in het verdere onderzoek meermaals op terugkomen en, zoals we hierboven reeds deden, systematisch een gelijke hantering van de notie in beide rechtstakken bepleiten.

## BESLUIT DEEL 2C

**242.** Met deze derde toegangspoort hebben we beoogd een beeld te schetsen van de dynamiek van het gezinsherenigingsrecht.

**243.** Voor het verblijfsrecht bestaat niet één groep van vreemdelingen, maar is sprake van meerdere categorieën. De ene categorie geniet al gemakkelijker dan de andere en t.b.v. meer categorieën van familieleden een recht op gezinshereniging.

Het bestaan van een burgerrechtelijke gezinsband volstaat niet. Het verblijfsrecht stelt bijkomende voorwaarden. T.a.v. eenieder die een beroep doet op gezinshereniging geldt de voorwaarde dat hij met de gezinshereniger komt samenwonen<sup>500</sup>. T.a.v. vele vreemdelingen wordt tevens de vereiste gesteld dat de kosten van hun verblijf financieel worden gewaarborgd.

We stonden kort stil bij elke vereiste en gaven een korte evaluatie, nu eens goedkeurend, dan weer afkeurend wegens te streng of soms ook te weinig streng.

**244.** Ook treden verschillen in behandeling op m.b.t. de duur van de periode tijdens dewelke de gezinshereniger voor de voortzetting van zijn verblijf afhankelijk blijft van de familieband en de verblijfspositie van de rechtgevende. Een bespreking van de samenwoonstcontrole en de verschillen in behandeling op grond van nationaliteit die daarbij optreden, evenals van Europese initiatieven die bij hun stemming zullen leiden tot een verlenging van de periode waarin het familielid een afhankelijke verblijfspositie heeft, kaderde tevens binnen een tweede doelstelling: we willen in het verdere onderzoek tevens oog hebben voor mogelijke aanwijzingen van frauduleuze oogmerken. Pas als we weten hoe snel een bepaalde familieband het verblijf definitief veilig stelt, kunnen we met kennis van zaken bepalen hoelang het is aangewezen om waakzaam te zijn voor frauduleuze (echt-)scheidingen, ook na langdurige samenwoning.

Hoe sneller een recht op zelfstandig verblijf wordt verworven, hoe groter trouwens het risico is op afwending van het verblijfsrecht. De bespreking had daarom mede als doelstelling om enkele pijnpunten van de regeling en inconsequenties in het licht van de strijd tegen schijnrechtshandelingen aan te geven. We werken deze in het verdere onderzoek uit.

<sup>500</sup> Cf. *supra*, randnrs 198 e.v. evenwel voor de soepele invulling van deze vereiste t.a.v. familieleden van bevoorrechte EER-onderdanen.

**245.** We beogen de bevindingen van deze toegangspoort in de volgende delen door te trekken naar de beoordeling van de mate waarin buitenlandse gezinsconcepten door de Belgische wetgever en administratie worden geëerbiedigd. We kwamen tot de conclusie dat ook t.a.v. de meest bevoorrechte categorieën van vreemdelingen meermaals beperkingen gelden die slechts zijn ingegeven door economische overwegingen. We evalueerden reeds voorzichtig dat bepaalde ervan mogelijk geen voldoende rechtvaardiging vormen voor een inbreuk op het recht op bescherming van het familieleven.

Meerdere van de aangegeven criteria kunnen nog verder worden uitgediept door ze ruimer te kaderen in de globale werking van het recht, zoals dat dag na dag inwerkt op de gezinsbeleving van de betrokkenen in België.

**246.** Bij de aard van de gezinsband die recht geeft op gezinshereniging stonden we vooralsnog het minst stil. Deze vormt m.n. het voorwerp van het verdere onderzoek. Per ontstaansvorm van gezinsleven die hierna in deel 3 en 4 wordt behandeld, zullen we een ondertitel wijden aan enerzijds de huidige en anderzijds de o.i. wenselijke regeling inzake gezinshereniging voor de betrokkenen.

**247.** Meerdere restricties op het recht op gezinshereniging zijn nog niet aan bod gekomen in deze bespreking. Zo bv. het *first comes, first takes*-beginsel bij polygamie: het eerste, wettige huwelijk geeft geen recht op gezinshereniging, als de tweede echtgenote haar verzoek eerder formuleerde. Deze regel wijst uit dat één en dezelfde bepaling in het gezinsherenigingsrecht tot een verschillende behandeling aanleiding geven. Het I.P.R. blijkt ondergeschikt aan het verblijfsrecht: ook al is het huwelijk rechtsgeldig, wordt geen recht op verblijf toegestaan, dan kan het alsnog niet worden beleefd<sup>501</sup>.

**248.** Is overigens betwisting mogelijk over de erkenbaarheid van een huwelijk, dan ontstaat mogelijk tevens binnen de werkingssfeer van het vrij verkeer in de E.U. een beschermingsprobleem. Het komt aan de ontvangststaat toe om te bepalen wie met een echtgenoot kan worden gelijkgesteld. Veronderstel dat een werknemer zijn partner als echtgenoot kan laten overkomen naar een E.U.-Lidstaat, dat de werknemer later verhuist naar een andere Lidstaat en deze de partner niet gelijkstelt met een huwelijkspartner<sup>502</sup>. In beginsel zal er voldoende reden zijn om het feitelijk gezinsleven te beschermen a.h.v. een machtiging tot het verblijf. Meer rechtszekerheid is evenwel aangewezen. Het is aangewezen om de interne rechtsstelsels op Europees vlak beter onderling af te stemmen. Zoals het Brussel II-Verdrag reeds in een systeem van wederzijdse erkenning van beslissingen tot ontbinding of nietigverklaring van een huwelijk voorziet, is

<sup>501</sup> Zie ook o.m. E. ANDREZ en A. SPIRE, "Droits des étrangers et statut personnel", *Plein droit* 2001, 7.

<sup>502</sup> Dit probleem wordt opgeworpen door o.m. K. BOELE-WOELKI, "Meer bescherming van familie- en gezinsleven in Europa", *F.J.R.* 1999, 237.



het tevens aangewezen om werk te maken van een harmonisatie van de erkenningsbepalingen. Daarbij zou overigens een grotere beperking kunnen worden gesteld op het gebruik van de openbare-orde-exceptie dan in het kader van het Brussel II-Verdrag is bepaald, of zou via bijkomende specifieke regelingen, bv. omtrent de omgang met buitenlandse homohuwelijken, in bijkomende harmonisatiebepalingen kunnen worden voorzien die het openbare-orde-criterium mee vorm geven. Slechts op die wijze zouden de harmonisatiepogingen voldoende kans op slagen krijgen.

**249.** Ook internrechtelijk rijzen, zoals we reeds illustreerden m.b.t. polygamie, problemen inzake afstemming, m.n. tussen het familierechtelijke en het verblijfsrechtelijke statuut van o.m. buitenlandse pleegvormen. De kwalificatie die er naar Belgisch recht aan kan worden gegeven (al dan niet assimileerbaar met een adoptie, of minstens met een pleegvorm waarvan wordt aangenomen dat ze voldoende sterk gezinsleven impliceert om gezinshereniging toe te laten) of de omzetbaarheid ervan in een adoptie, is bepalend opdat het gezinsleven dat in het buitenland is ontstaan, in België zou kunnen worden voortgezet. Wordt een *makfoul* niet tot het verblijf toegelaten, dan zal hij nooit in de gelegenheid worden gesteld om een verwantschapsband die naar Belgisch recht wordt erkend, m.n. een adoptie, aan te gaan met zijn sociologische ouder.

In dezelfde zin wordt een verstoten vrouw die niet tot het verblijf wordt toegelaten om reden van de ontbinding van het huwelijk, elke gelegenheid ontnomen om zich ten overstaan van een Belgische rechter te verzetten tegen de verstoting, bv. omdat die is uitgesproken in strijd met het recht van verdediging<sup>503</sup>.

**250.** Deze en gelijkaardige bedenkingen komen aan bod bij de verdere systematische bespreking van wijzen van ontstaan van gezinsleven en hun onthaal door het Belgische familie- en verblijfsrecht.

**251.** We gaan na welk gezinsconcept het best een evenwicht biedt tussen beide bekommernissen: de bekommernis om rekening te houden met de gezinsbeleving van elke vreemdeling en anderzijds de bekommernis om het Belgische recht niet nodeloos te belasten met buitenlandse rechtsfiguren, op een wijze die misbruik mogelijk maakt.

Dat evenwicht wordt steeds gezocht in de voorliggende maatschappelijke context. Daarom is het van belang doorlopend de interne evoluties die de betrokken rechtssystemen meemaken, mee in rekening te brengen.

Vervolgens, na een schets van de plaats die het abstracte gezinsdenken inneemt in de concrete ruime maatschappelijke context, zoeken we naar een evenwicht tussen openheid voor buitenlandse rechtsfiguren (adaptatie op grond van de

<sup>503</sup> Wegens de beperking van ons onderzoek tot wijzen van ontstaan van gezinsleven, gaan we slechts in beperkte mate, bij de bespreking van polygamie, in op deze vraagstelling (cf. *infra*, deel 4, hoofdstuk 2, randnr. 25.).

‘redelijke verwachting’) en gestrengheid, met de bedoeling om fraude of *shopping* te voorkomen.

Deze oefening zal, zoals gezegd, plaatsvinden binnen het kader van zowel het familierecht als het gezinsherenigingsrecht.

Boekdeel I. Algemene inleiding en drie toegangspoorten tot het onderzoek

**Boekdeel II. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht**

Boekdeel III.

- \* De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde. Illustratie a.h.v. het verbod op polygamie
- \* Algemeen besluit
- \* Bijlage

## **Boekdeel II**

# **Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht**

**Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht**

Inleiding

Deel 3A. Het ontstaan van huwelijks gezinsleven

Inleiding

Hoofdstuk 1. De vereiste dat beide partners van huwbare leeftijd zijn

Hoofdstuk 2. De toestemmingsvereiste

Hoofdstuk 3. De vereiste dat geen verwantschapsbeletsel het huwelijk in de weg staat

Hoofdstuk 4. De vereiste dat er geen andere wettelijke beletselen rijzen: buitenlandse huwelijksbeletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht

Hoofdstuk 5. Enkele impliciete vereisten: de vereiste dat beide partners nog in leven zijn en de vereiste dat beide partners van een verschillend geslacht zijn

Hoofdstuk 6. Vormvereisten voor het huwelijk en de omgang binnen het I.P.R. met buitenlandse louter religieuze en vormloze huwelijken

Hoofdstuk 7. Huwelijk en verblijfsrecht

Deel 3B. Het ontstaan van buitenhuwelijkse samenlevingsvormen

Inleiding

Hoofdstuk 1. De buitenhuwelijkse tweerelatie naar Belgisch recht

Hoofdstuk 2. De omgang met de buitenhuwelijkse tweerelatie binnen het I.P.R. en het gezinsherenigingsrecht

- Deel 1. Algemene inleiding
  - Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek
  - Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht
  - Deel 4. De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde, t.a.v. de partnerverhouding en de verhouding volwassenen – kinderen. Een illustratie a.h.v. het verbod op polygamie
  - Deel 5. Algemeen besluit
- Bijlage

## Deel 3

# Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

### Inleiding

#### Deel 3A. Het ontstaan van huwelijks gezinsleven

##### Inleiding

- Hoofdstuk 1. De vereiste dat beide partners van huwbare leeftijd zijn
- Hoofdstuk 2. De toestemmingsvereiste
- Hoofdstuk 3. De vereiste dat geen verwantschapsbeletsel het huwelijk in de weg staat
- Hoofdstuk 4. De vereiste dat er geen andere wettelijke beletselen rijzen: buitenlandse huwelijksbeletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht
- Hoofdstuk 5. Enkele impliciete vereisten: de vereiste dat beide partners nog in leven zijn en de vereiste dat beide partners van een verschillend geslacht zijn
- Hoofdstuk 6. Vormvereisten voor het huwelijk en de omgang binnen het I.P.R. met buitenlandse louter religieuze en vormloze huwelijken
- Hoofdstuk 7. Huwelijk en verblijfsrecht

#### Deel 3B. Het ontstaan van buitenhuwelijkse samenlevingsvormen

##### Inleiding

- Hoofdstuk 1. De buitenhuwelijkse tweerelatie naar Belgisch recht
- Hoofdstuk 2. De omgang met de buitenhuwelijkse tweerelatie binnen het I.P.R. en het gezinsherenigingsrecht

Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

Inleidend deel

Deel 3A. Het ontstaan van huwelijks gezinsleven

Deel 3B. Het ontstaan van buitenhuwelijks gezinsleven

# Inleidend deel

Inleiding

Hoofdstuk 1. Onderzoek naar de criteria die een aanknoping sturen

Hoofdstuk 2. Inpassing van buitenlandse rechtsfiguren in het Belgische rechtsdenken

Hoofdstuk 3. Gelijke behandeling ongeacht de nationaliteit van individuen en van gezinsverbanden

A. Gelijke behandeling in het familierecht

B. Gelijke behandeling in het gezinsherenigingsrecht

## INLEIDING

1. Het streven naar materiële gelijkheid in het I.P.R. houdt, zoals gezegd, in dat enerzijds geval per geval wordt verwezen naar het recht waarmee de situatie of de betrokkene de nauwste band heeft, onder voorbehoud van enkele correctiemechanismen<sup>1</sup>, en anderzijds aandacht moet uitgaan naar een gelijke behandeling van identieke Belgische en buitenlandse rechtsfiguren, door toepassing van de adaptatie- en equivalentieleer.

## HOOFDSTUK 1. ONDERZOEK NAAR DE CRITERIA DIE EEN AANKNOPING STUREN

2. In het verdere onderzoek gaan we na in welke mate de toepassing of afwijking van de verwijzingsregel in concrete gevallen en hypothesen een gelijkwaardige behandeling van Belgisch en buitenlands recht ook effectief waarborgt. Correctiemechanismen als de exceptie van openbare orde, *renvoi*, leidende beginselen als *favor matrimonii* en *divortii* worden onderzocht op hun doelstelling (is deze expliciet of impliciet gericht op gelijke behandeling?) en op het gelijkheidsbevorderende resultaat ervan (leidt een andere aanknopung tot een behandeling die gelijken gelijk, maar tevens ongelijken ongelijk behandelt?).

3. Enerzijds onderzoeken we het verwijzingsrecht zoals het bij ons wordt toegepast. Dat gebeurt door de verwijzingsregels te vergelijken waarvoor in elk concreet verband door de rechter of desgevallend door de regelgever is gekozen. Bijzondere aandacht gaat daarbij uit naar de verklaring en rechtvaardiging die desgevallend kan worden gegeven voor een toepassing van verschillende verwijzingsregels in aanverwante materies. De motivatie die achter de keuze schuilt, in het bijzonder de groeiende openheid voor nieuwe beslissingscriteria, zoals het beginsel om aan te knopen bij de wet van een andere rechtsorde als de situatie daarmee een nauwere band vertoont, het belang van het kind, *favor-overwegingen*, weerspiegelt ongetwijfeld de aandacht voor het cultuuroverstijgende karakter van de materie.

Voor alle behandelde materies gaan we tevens de stabiliteit van de aanknopung na. We onderzoeken hun vatbaarheid voor een afwijking van de normale aanknopung via de exceptie van openbare orde of via andere methodes, bv. wegwakwalificering. Onze aandacht is erop gericht de criteria te achterhalen op basis waarvan al dan niet soepel wordt omgegaan met een buitenlandse rechtsregel en na te gaan welke rol het gelijkheidsbeginsel daarbij kan vervullen.

4. Anderzijds plaatsen we ons verwijzingsrecht binnen het ruime spectrum van

---

1 Zowel principiële (o.m. de BIPOO-exceptie) als pragmatische (het nastreven van juridische familiale eenheid, bv. door na gezinshereniging met een Belg systematisch te verwijzen naar Belgisch recht). Cf. *supra*, deel 2B, randnrs 68, 69 en 131.

internationale regelgevende initiatieven inzake I.P.R. De Belgische verwijzingsregel voor een bepaalde familierechtelijke materie wordt vergeleken met aanknopingsbepalingen die zitten vervat in een niet door België geratificeerd internationaal verdrag. Deze vergelijking kan door het vasthouden aan de eigen verwijzingsregel een bijzonder licht werpen op de Belgische stand van zaken inzake het gelijkheidsstreven, in vergelijking met de evolutie in dat verband van Staten die zijn aangesloten bij het betreffende verdrag<sup>2</sup>.

5. Onze aandacht voor aanknopingsmethodieken is erop gericht om voor elke wijze van gezinsvorming na te gaan wat de rechter kan leiden in zijn oordeelvorming. Een soepele benadering van de huidige aanknopingsregel wijst op de bereidheid om de juridische kwalificatie van buitenlandse familierechtsfiguren te begunstigen. Deze bereidheid t.a.v. buitenlandse rechtsfiguren die een zekere gelijkenis vertonen met Belgische familierechtsfiguren, schept op haar beurt de verwachting dat ook m.b.t. onbekende buitenlandse rechtsfiguren inspanningen worden geleverd tot inpassing in ons rechtsbestel.

## HOOFDSTUK 2. INPASSING VAN BUITENLANDSE RECHTSFIGUREN IN HET BELGISCHE RECHTSDENKEN

6. De tweede betrachting, m.n. om buitenlandse rechtsfiguren in te passen in het Belgische rechtsdenken, bestaat er niet alleen in dat eenvoudig inpasbare rechtsfiguren een plaats krijgen in een concrete beoordeling. Voor een buitenlandse familierechtsfiguur waarvoor geen *equivalent* in het Belgische recht bestaat, dient bovendien te worden nagegaan of er niettemin een interne rechtsfiguur is waarmee deze figuur inhoudelijk een aantal *overeenkomsten* vertoont. Is dat het geval en hebben de overeenkomsten betrekking op de belangrijkste kenmerken van beide rechtsfiguren, dan kunnen deze naar resultaat gelijk worden behandeld.

We gaan na of een regeling inzake partnerschapsregistratie vergelijkbaar is met het huwelijk, op grond van de vaststelling dat ze gelijkaardige aan het huwelijksrecht ontleende plichten overdraagt op de partners<sup>3</sup>.

7. T.b.v. een buitenlandse rechtsfiguur die in zijn geheel genomen niet vergelijk-

<sup>2</sup> Hierbij kunnen we bv. denken aan de Overeenkomst strekkende tot het vergemakkelijken van huwelijkssluiting in het buitenland, in het kader van de C.I.E.C. aangegaan te Parijs op 10 september 1964 (*Tractatenblad van Nederland* 1965, 90) en aan het Verdrag van Den Haag van 2 oktober 1973 inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen (*Tractatenblad van Nederland* 1974, 86).

<sup>3</sup> Cf. *infra*, deel 3B, hoofdstuk 3, randnrs 19-20. Het zou eveneens interessant zijn om na te gaan of tot een vergelijkbaarheid van bepaalde buitenlandse pleegvormen en gewone adoptie kan worden besloten. Dat zou het geval kunnen zijn als blijkt dat de pleegvorm eveneens gepaard gaat met een overdracht van het ouderlijk gezag en in de instelling van intestaat erfrecht of minstens in een gebruik om het kind erfrechtelijk te begunstigen. Zoals gezegd, vormt de relatie tussen volwassenen en kinderen evenwel niet het voorwerp van dit onderzoek.

baar is met een Belgische rechtsfiguur, maar er wél op bepaalde punten gelijkenissen mee vertoont, kan eveneens een adaptatie worden overwogen als de rechtsvraag slechts betrekking heeft op een rechtsgevolg met betrekking waartoe voldoende overeenkomst bestaat. We zullen dit nagaan voor de verblijfsrechtelijke gevolgen van een geregistreerd partnerschap of een ander samenwonersstatuut dat evenals het huwelijk een hulp- en bijstandplicht instelt<sup>4</sup>.

8. Een uitgebreide analyse van inhoudelijke adaptatie van buitenlandse aan Belgische familierechtsfiguren<sup>5</sup> zal vooral zijn vruchten afwerpen voor de beoordeling van buitenlandse rechtsfiguren in het licht van het gezinsherenigingsrecht. De adaptatietechniek is in het verblijfsrecht vooralsnog niet doorgedrongen. Wél heeft de Dienst Vreemdelingenzaken zich reeds meermaals bereid betoond om naaste familieleden tot het verblijf te machtigen in toepassing van art. 9 Vreemdelingenwet. Een systematische benadering van het betreffende familieleven kan de rechtszekerheid evenwel vergroten.

9. Binnen het familierecht laat adaptatie, al dan niet aangevuld met enkele tussenkomsten (bv. de toekenning van een onderhoudsuitkering), toe dat buitenlandse rechtsfiguren met minder terughoudendheid worden benaderd en dat toestanden die op het eerste gezicht onaanvaardbaar zijn, niet zonder meer worden afgewezen maar na een kleine correctie worden gelijkgesteld met een aanverwante Belgische rechtsfiguur. Inpassing bevordert de gelijke behandeling, zonder de werking van het familierecht in de eigen rechtsorde uit haar evenwicht te brengen d.m.v. een overvloed aan rechtsfiguren. Een voorbeeld kan de erkenning zijn van een eenzijdige verstoting als rechtsgeldige echtscheiding, op vraag van de echtgenote, mits voorzien wordt in een aantal tegemoetkomingen, zoals een gepaste onderhoudsuitkering.

### **HOOFDSTUK 3. GELIJKE BEHANDELING ONGEACHT DE NATIONALITEIT VAN INDIVIDUEN EN VAN GEZINSVERBANDEN**

10. Het onderzoek behandelt verschillende aspecten van ongelijke behandeling op grond van nationaliteit.

Enerzijds wordt de behandeling van vreemdelingen geplaatst tegenover die van Belgen. Anderzijds worden de EU-burgers geplaatst tegenover de derdelanders, en de niet-bevoorrechte tegenover de bevoorrechte derdelanders. Vluchtelingen

<sup>4</sup> Ook voor de ouder-kindverhouding zou kunnen worden nagegaan of een verzoek tot gezinshereniging door een gewoon adoptant met toestemming van de oorspronkelijke ouders op gelijke wijze behandeld kan worden als een verzoek tot gezinshereniging door een ouder na echtscheiding als de andere ouder daarin toestemt. Zolang een minderjarig kind geen recht op gezinshereniging verleent aan zijn ouder, houdt een dergelijke gelijke regeling geen risico in op ketting-gezinshereniging. Dergelijke uitbreiding van de gezinsherenigingsleer maakt het risico op schijnadopties evenwel mogelijk te groot. We gaan evenwel niet nader in op deze vragen, aangezien de verhouding volwassene-kind niet het voorwerp vormt van dit onderzoek.

<sup>5</sup> Meer over deze techniek in deel 2B, randnrs 201 e.v.



en staatlozen genieten een beschermingsstatuut en zien *de iure* Belgisch recht toegepast op hun personeel statuut.

Ook wordt de behandeling van nationaliteitsuniforme gezinsverbanden afgewogen tegen die van nationaliteitsgemengde gezinsverbanden. Binnen de nationaliteitsgemengde gezinsverbanden gaan we na op welke wijze I.P.R.-technieken toepassing vinden op diverse gevallen van nationaliteitsvermenging in het gezinsleven. In welke mate verschilt de behandeling van een zuiver derdelandersgezin van die van een gezin waarbij één van de leden de Belgische nationaliteit heeft of een gezin waarvan minstens één lid EU-onderdaan is? Is het verantwoord om de huidige verschillende aanpak in het I.P.R. en het verblijfsrecht aan te houden?

## **A. GELIJKE BEHANDELING IN HET FAMILIERECHT**

**11.** In dit derde deel toetsen we het huwelijk en andere, (nog) niet of in mindere mate geïnstitutionaliseerde vormen van partnerrelaties aan de werking van het gelijkheidsbeginsel.

**12.** Een studie van de wetshistoriek van de corresponderende Belgische wijze van gezinsvorming laat ons vaak toe om te bepalen op welke wijze het gelijkheidsbeginsel zich internrechtelijk heeft doorgezet ten dienste van een gelijke behandeling van Belgen, bv. man en vrouw, onderling. Welke belangen hebben per rechtsfiguur bepaald welke regels vroeger golden en nu gelden? Naargelang de accenten zijn verschoven (bv. van bevoogding van het kind naar een grotere emancipatie, van een paternalistische gezinsstructuur naar gelijkheid man-vrouw en rechten van het kind), hebben wetgeving en rechtspraak zich aangepast aan de nieuwe maatschappelijk wenselijk geachte resultaten.

Door rechtspraakanalyse kunnen we vervolgens onderzoeken of we een parallel kunnen trekken tussen deze internrechtelijke evolutie en de evolutie die zich nu, jaren later, afspeelt t.a.v. vreemdelingen. Kunnen we aannemen dat de mate waarin het interne familierecht zich openstelt voor aanpassing aan interne maatschappelijke evoluties, mede de openheid beïnvloedt van rechtspraak en rechtsleer voor buitenlandse invloeden? Lopen beide evoluties van openstelling gelijk, met slechts een verschil in startmoment? Of evolueren bepaalde materies in het I.P.R. beduidend sneller of trager dan dezelfde in het interne recht hebben gedaan?

Blijken internrechtelijke evoluties reeds meermaals een voortrekkersrol te hebben vervuld voor de evolutie van de gronden waarop de B.I.P.O.O.-exceptie wordt opgeworpen, dan kunnen recente evoluties binnen en toekomstperspectieven voor het interne familierecht mogelijk tevens dienst doen als richtingwijzer voor de verdere evolutie van het familierechtelijke I.P.R.

## B. GELIJKE BEHANDELING IN HET GEZINSHERENIGINGS-RECHT

**13.** We beogen het gezinsconcept dat geldt binnen het gezinsherenigingsrecht te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel en het E.V.R.M. De beoordeling door Belgische rechters in familiezaken van buitenlandse wijzen van gezinsvorming kan daarbij inspirerend werken. De mate waarin bv. de *kafala* binnen het familierecht wordt beschouwd als een gezinsvormende factor, bepaalt vermoedelijk de wijze waarop deze rechtsfiguur in het gezinsherenigingsrecht invulling krijgt. Zijn een buitenlandse en een Belgische familierechtsverhouding onderling adapteerbaar of equivalent, dan kan, naar onze verwachting, ook binnen het gezinsherenigingsrecht tot adaptatie worden overgegaan.

**14.** De wijze waarop in het familierecht wordt omgegaan met buitenlandse rechtsfiguren heeft m.a.w. zijn gevolgen voor het verblijfsrecht. Binnen het verblijfsrecht wordt weliswaar aanvaard dat financiële motieven spelen in de toekenning van verblijfsrecht. Het recht op bescherming van het familieleven primeert evenwel. Minstens dient aan personen met een onderlinge verwantschapsband die gelijkgesteld kan worden met een huwelijk of afstamming in neergaande lijn in de eerste graad, recht op gezamenlijk verblijf in België te worden verleend, als blijkt dat de *elsewhere approach* geen alternatieven aanreikt. Het is aangewezen om de strijd tegen schijnrechtshandelingen aan te vatten van bij het ontstaan van het gezinsleven, opdat rechtsgeldig ontstaan gezinsleven zoveel mogelijk gevolg zou kunnen ressorteren binnen het geheel van de rechtsorde<sup>6</sup>.

**15.** De doelstelling van dit onderzoek is om het gezinsconcept binnen het familierecht en binnen het verblijfsrecht onderling af te stemmen en om de beperkingen die hierbij rijzen te inventariseren en te evalueren.

---

<sup>6</sup> Zie ook voor het sociaal recht: o.m. Rb. Brussel 8 augustus 1988, *J.L.M.B.* 1989, 1139: de huwelijksakte is authentiek en kan slechts vernietigd worden door een rechterlijke beslissing. Het O.C.M.W. mag de geldingskracht ervan niet betwisten naar aanleiding van de vaststelling van het bestaansminimum.



Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het  
gezinsherenigingsrecht

Deel 3A. Het ontstaan van huwelijks gezinsleven

Deel 3B. Het ontstaan van buitenhuwelijks gezinsleven

## **Deel 3A**

# **Het ontstaan van huwelijks gezinsleven**

Inleiding

Hoofdstuk 1. De vereiste dat beide partners van huwbare leeftijd zijn

Hoofdstuk 2. De toestemmingsvereiste

Hoofdstuk 3. De vereiste dat geen verwantschapsbeletsel het huwelijk in de weg staat

Hoofdstuk 4. De vereiste dat er geen andere wettelijke beletselen rijzen: buitenlandse  
huwelijksbeletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht

Hoofdstuk 5. Enkele impliciete vereisten: de vereiste dat beide partners nog in leven zijn  
en de vereiste dat beide partners van een verschillend geslacht zijn

Hoofdstuk 6. Vormvereisten voor het huwelijk en de omgang binnen het I.P.R. met  
buitenlandse louter religieuze en vormloze huwelijken

Hoofdstuk 7. Huwelijk en verblijfsrecht

## INLEIDING

1. Een eerste voorwerp van studie vormt het ontstaan van huwelijks gezinsleven. Onze aandacht gaat uit naar de criteria op grond waarvan huwelijken van of met vreemdelingen al dan niet in België kunnen worden erkend of aangegaan. Deze criteria steunen op een beoordeling van de huwelijks grond- en vormvereisten.

2. Nu eens zullen soepelere buitenlandse voorwaarden tot gevolg hebben dat buitenlandse huwelijken worden erkend op gronden die Belgen (en ruimer ook andere personen met een 'strenger' personeel statuut) niet kunnen invoeren. De toepassing van dergelijke soepelere voorwaarden in het familierecht zal impliceren dat de betrokkenen ook binnen het verblijfsrecht als gehuwd worden beschouwd, in omstandigheden waarin vreemdelingen met een strenger personeel statuut dat niet kunnen. De eersten zullen hun partner recht op gezinshereniging kunnen verlenen. De tweede groep zal slechts een beroep kunnen doen op de regeling inzake machtiging tot het verblijf op grond van een duurzame tweerelatie.

3. Dan weer zullen I.P.R.-technieken, zoals de opwerping van de B.I.P.O.O.-exceptie, ertoe leiden dat buitenlandse wijzen van gezinsvorming op grond van huwelijk in België geen doorgang kunnen krijgen, waardoor de betrokkenen niet als gehuwd kunnen worden beschouwd en de verblijfhouder zijn partner geen recht op gezinshereniging zal kunnen geven.

4. We gaan per vereiste na op welke wijze de Belgische rechter er binnen de ons bekende rechtspraak mee omgaat. Na een eigen evaluatie van de vereiste in het licht van het gelijkheidsbeginsel en/of eraan verbonden algemene rechtsbeginselen in interne en internationale wetgeving<sup>1</sup>, trekken we de bespreking door naar de consequenties die deze of gene kwalificatie hebben voor het verblijfsrecht.

5. Achtereenvolgens staan we stil bij de vereiste dat beide partners van huwbare leeftijd zijn, de toestemmingsvereiste, de vereiste dat geen verwantschapsbeletsel een huwelijk in de weg staat, de vereiste dat er geen andere wettelijke beletselen rijzen, de vereiste dat beide partners nog in leven zijn en de vereiste dat beide partners van een verschillend geslacht zijn.

6. Bij de vereiste dat één van de partners niet reeds geldig gehuwd is, staan we stil in het vierde deel.

---

<sup>1</sup> We deden systematisch onderzoek binnen alle ons bekende internationale rechtsbronnen die betrekking hebben op het huwelijk. Per huwelijksbeletsel verwijzen we evenwel slechts naar die rechtsbronnen die *in casu* van betekenis zijn. Om die reden wordt een bepaald bi- of multilateraal verdrag in de ene context wél en in de andere niet aangehaald. Het leek ons niet nodig om telkens de verdragen op te sommen die zich niet met de gestelde vraag inlaten. De ontstentenis van hun vermelding kan daartoe o.i. volstaan.

We hebben ervoor geopteerd om het vraagstuk van de polygamie afzonderlijk te behandelen, deels om toch één buitenlands gezinsconcept in dit onderzoek op rechtstakoverschrijdende wijze te kunnen benaderen, met aandacht voor de behandeling binnen het sociale zekerheidsrecht, deels omdat deze gezinsvorm rechtstreekse gevolgen heeft voor de kinderen die eruit worden geboren. Hun behandeling wijkt af van het normale model, waarbij hun rechtssituatie geen nadeel kan ondervinden van de nietigheid van het huwelijk waaruit ze zijn geboren. In dat verband was het nuttig om de gevolgen van polygamie t.a.v. de partners en die t.a.v. de kinderen samen te behandelen, na de afzonderlijke behandeling van enerzijds wijzen van relatievorming en anderzijds wijzen van gezinsvorming tussen volwassenen en kinderen.

*"The inability of a truly value-free discourse is acknowledged and the possibility of exposing the contradiction of any normative language is always fun. It is a price I readily accept if the alternative is normatively empty critique"*<sup>1</sup>

## HOOFDSTUK 1. DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS VAN HUWBARE LEEFTIJD ZIJN

### A. DE INTERNRECHTELIJKE BEPALING VAN DE HUWBARE LEEFTIJD

1. In de inleiding van dit derde deel gaven we aan te willen onderzoeken of de opties die binnen het I.P.R. worden gemaakt en de verschillende wijzen waarop, naargelang van de voorliggende vraag, wordt omgegaan met buitenlands recht, hun verklaring kunnen vinden in de wijze waarop het interne recht in de onderscheiden materies is geëvolueerd.
2. Het besef dat bepaalde buitenlandse regelingen tot voor kort ook nog golden naar Belgisch recht, bv. de vereiste van een ouderlijke instemming met het huwelijk van meerderjarigen, een verschillende bepaling van de huwbare leeftijd voor man en vrouw, kan mogelijk een verzachtende invloed hebben op de beoordeling binnen het I.P.R. van die buitenlandse regel.
3. Liggen evenwel fundamentele overwegingen ten grondslag aan de gewijzigde internrechtelijke aanpak, dan kondigen die impliciet ook voor het I.P.R. een ommekeer in de rechtspraak aan<sup>2</sup>.
4. Niettemin kan de I.P.R.-rechter zich ook dan nog mild betonen t.a.v. de betrokkenen, vanuit de vaststelling dat de fundamentele beginselen waarop hij zijn B.I.P.O.O.-exceptie steunt nog volop in ontwikkeling zijn. Dat besef kan hem ertoe brengen om zich alsnog de inspanning te getroosten om tot een resultaat te komen dat beantwoordt aan de wensen van de partijen, desgevallend door hun bepaalde rechtshandelingen te suggereren of toe te staan.

<sup>1</sup> J.H.H. WEILER, "Thou shalt Not Oppress a Stranger: on the judicial protection of the Human Rights of non-EC-nationals – A critique", *E.J.I.L.* 1992, 65.

<sup>2</sup> We stemmen niet in met S. RUTTEN, "Vrouwen en het internationaal privaatrecht", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (eds), *Het vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1995, 260, die meent dat als het eigen recht er nog niet in is geslaagd om man en vrouw volledig gelijke rechten te geven, we bezwaarlijk een discriminerende buitenlandse rechtsregel wel steeds genadeloos buiten toepassing kunnen verklaren. Van buitenlandse rechtsstelsels kan geen grotere conformiteit aan geratificeerde verdragsregels gevergd worden dan van ons eigen recht. Dat laatste is vanzelfsprekend juist. We worden evenwel vaak geconfronteerd met een zekere paradox: enerzijds evolueren rechtsopvattingen traag; anderzijds wordt er – eenmaal ze een plaats zijn toebedeeld in onze rechtsorde – soms meteen een absolute waarde aan toegekend, ondanks hun recente aanname. Het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw bv. evolueert in het I.P.R. gelijktijdig met dat van het interne recht, omdat het beginsel van bij zijn aanname een centrale rol wordt toebedeeld.

5. Daarnaast maakt de evolutie van de interne wetgeving en rechtspraak m.b.t. een bepaalde huwelijksvereiste vaak duidelijk welke doelstellingen achter de vereiste schuilgaan. Inzicht in deze doelstellingen kan ons ongetwijfeld helpen om te oordelen welke I.P.R.-aanpak het meest verantwoord is in het licht van het gelijkheidsbeginsel.

6. Om beide redenen zullen we onze bespreking van de huwelijksvereisten systematisch inleiden met een korte schets van de historische evolutie en de actuele invulling van het corresponderende Belgische vereiste.

### **A.1. EEN ONGELIJKE BEHANDELING VAN MAN EN VROUW TOT 1990**

7. In tegenstelling tot de meeste Belgische burgerrechtelijke regelingen die geen minimumleeftijd, maar de meerderjarigheid als criterium vooropstellen, stelt art. 144 B.W.: “Niemand mag een huwelijk aangaan vóór hij de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt”. Deze uitzondering vindt een verklaring in het feit dat voorheen de huwbaarheid was bepaald op een jongere leeftijd dan de leeftijd van meerderjarigheid. Deze vaststelling laat ons alvast toe om de rol van de leeftijdsbepaling voor het verleden enigszins te nuanceren. Voorheen konden ook naar Belgisch recht minderjarigen in de regel huwen, meisjes overigens reeds zes jaar vóór de meerderjarigheid.

8. Doorheen de hele rechtsgeschiedenis, gaande van het Romeinse recht, over het canonieke recht, het recht onder het *Ancien Régime* alsook de revolutionaire wetgeving van 1792, tot ons eigen Burgerlijk Wetboek tot aan de wetswijziging van 1990, werden man en vrouw ongelijk behandeld in de bepaling van de minimumleeftijd van huwbaarheid. In zoverre het al nuttig werd bevonden om dit onderscheid in behandeling te verklaren, werd genoeg genomen met het argument van de “ongelijke ontwikkeling in de lichamelijke rijpheid” van beide seksen<sup>3</sup>. Heyvaert<sup>4</sup> gaf in 1989 evenwel de volgende verklaring aan het verschil in huwelijksleeftijd: “Dit vereiste is niet alleen ingegeven door de wens dat de a.s. echtgenoten geslachtsrijp zouden zijn. Het houdt ook verband met de eigen beslissingsmacht van de aanstaande echtgenoten en de ‘persoonlijke’ betekenis die het huwelijk heeft. Daarom is het normaal dat die leeftijd lager is naargelang er een sterk patriarchaal gezag is en het huwelijk een uitgesproken familiaal karakter heeft. Een zeer lage huwbare leeftijd gaat dan ook doorgaans gepaard met een hoge huwbare meerderjarigheidsgrens”. Deze verklaring komt erop neer dat ten tijde van de vroegere regeling ook het tot 1976 gehanteerde patriarchale huwelijksvermogensrecht en de vroegere vaderlijke macht (tegenover het huidige ouderlijke gezag) een rol hebben gespeeld in de aanvaarding van een lagere huwbare leeftijd voor meisjes. De eigen psychische bekwaamheid en

<sup>3</sup> Zie bv. de verklaring van de Eerste Consul tijdens de voorbereiding van de Belgische Code Civil: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, II, Brussel, Bruylant, 1878, 357.

<sup>4</sup> A. HEYVAERT, *Personen-, gezins- en familierecht*, Antwerpen, U.I.A., 1989, 344.



intellectuele rijpheid waren m.a.w. niet steeds bepalende criteria<sup>5</sup>.

9. Terwijl Heyvaert zijn verklaring beperkte tot de invloed van *familiale structuren*, schoof Rigaux<sup>6</sup> het *cultuureigen* aspect van de bepaling naar voren, m.n. door een verwijzing naar de invloed van de christelijke visie. Hij stelde bovendien vast: "certes les peuples méridionaux sont-ils plus précoces à cet égard (bedoeld is "l'égard de la nubilité psychologique")"<sup>7</sup>. Ook Laurent verwees naar het 'rasverschil' en het klimaat om een verschil in leeftijdsbepaling te verklaren<sup>8</sup>.

10. We gaan verder nader in op de vraag in hoeverre cultuur en godsdienst tot op vandaag een rol kunnen spelen in de beoordeling van de leeftijdsvereiste<sup>9</sup>.

## A.2. NAAR EEN GELIJKE BEHANDELING VAN MAN EN VROUW IN 1990

11. Reeds in de negentiende eeuw werd kritiek geuit op de leeftijdsbepaling. Deze kritiek had evenwel geen betrekking op de ongelijke behandeling van man en vrouw, maar op andere elementen. Zo betoogde Kluyskens dat vrouwen die op te jonge leeftijd huwen, slechts zwakke kinderen ter wereld brengen, die dikwijls vroegtijdig overlijden<sup>10</sup>. Laurent klaagde m.b.t. de leeftijd voor beide seksen de formeel-juridisch onlogische toestand aan dat de minderjarige ondanks zijn handelingsonbekwaamheid wel rechtsbekwaam was om een voor het persoonlijke leven zo ingrijpende verbintenis als het huwelijk aan te gaan<sup>11</sup>. Rigaux pleitte in 1971 voor een verhoging van de leeftijdsgrens vanuit de bekommernis om onstabiele huwelijken te vermijden<sup>12</sup>.

12. In 1990 werd het verschil in behandeling tussen man en vrouw verlaten, met een verwijzing naar de irrelevantie van het argument<sup>13</sup>. Aangezien een regel zonder relevantie onevenredig is, werd hierdoor impliciet toegegeven dat het vroegere onderscheid naar Belgisch recht discriminatoir was. De opheffing van

<sup>5</sup> In andere zin: H. DE PAGE en J.-P. MASSON (1962), 726 en (1990), 528.

<sup>6</sup> F. RIGAUX, *Les relations familiales, Les personnes, I*, Brussel, Larcier, 1971, 252.

<sup>7</sup> F. RIGAUX, o.c., 251.

<sup>8</sup> F. LAURENT, *Tome I*, 90.

<sup>9</sup> Cf. *infra*, randnrs 19-24.

<sup>10</sup> A. KLUYSKENS, *Beginnelen van burgerlijk recht*, VII, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1942, 200 en uitgave 1950, 219.

<sup>11</sup> F. LAURENT, *Tome I*, 356-357.

<sup>12</sup> F. RIGAUX, o.c., 252.

<sup>13</sup> Voorstel van wet tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar, *Gedr. St. Kamer* 1988-89, nr. 42/3, 9: de indieners waren "van mening dat alleen een meerderjarige een huwelijk mag aangaan. Aangezien het huwelijk een zwaarwichtige en plechtige handeling is, kan ze in beginsel niet door een minderjarige worden verricht. Bovendien beantwoordt het optrekken van de huwbare leeftijd aan een sociologische realiteit.... Volgens andere leden moet de huwbare leeftijd voor mannen en vrouwen gelijk zijn" (zonder verdere commentaar); *Gedr. St. Kamer* 1988-89, nr. 234/1, 5; Ontwerp van wet tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar, *Gedr. St. Senaat* 1989-90, nr. 634/2, 3. Zie hierover ook P. SENAËVE, "Art. 144 B.W.", in *Comm. Pers.* (1990), randnr. 1.

het verschil werd evenwel volledig overschaduwd door de aandacht voor de gelijkschakeling van de meerderjarigheidsleeftijd en de huwbare leeftijd. De wetgever stond, evenals voorheen, nauwelijks stil bij de doelstelling om het verschil in behandeling van beide seksen op te heffen. De wetswijziging kan dan ook moeilijk als een verwezenlijking in het licht van het gelijkheidsbeginsel worden bestempeld. De revolutionaire aanpassing van het huwelijksvermogensrecht in 1976 was dat daarentegen wél geweest.

13. We suggereerden reeds dat een lage huwbare leeftijd niet noodzakelijk hoeft te getuigen van een snelle ontvoogding, maar in de praktijk eerder gepaard gaat met praktische overwegingen van seksuele rijpheid en – tegengesteld aan wat te verwachten valt – het behoud van een paternalistisch opvangnet, van ruime familiale inmenging, bv. door een late meerderjarigheidsleeftijd. In dezelfde zin blijkt dat voorheen in België tot op hoge leeftijd een ouderlijke inmenging in de huwelijksbeslissing gold. In een aantal landen verschilt de duur van die inmenging bovendien tot op vandaag naargelang het geslacht van het kind, meer bepaald in het nadeel van het meisje, ook al is de huwbaarheid voor haar op jongere leeftijd bepaald dan voor een jongen<sup>14</sup>.

### A.3. EVALUATIE

14. Zowel de evidentie van de vroegere discrepantie tussen de leeftijden van huwbaarheid en van meerderjarigheid (*cf. supra*) als de geruisloosheid van de aanpassing in het licht van het gelijkheidsbeginsel wijzen o.i. uit dat de leeftijdsvereiste niet onmiddellijk geacht wordt de openbare orde te raken.

Dit blijkt tevens uit het feit dat de vereiste steeds vergezeld is gegaan van een expliciete dispensatieregeling.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 19 januari 1990 zijn bovendien stemmen opgegaan om de huwbare leeftijd algemeen op 15 of 16 jaar te brengen<sup>15</sup>.

15. Deze bevindingen nemen we mee bij onze verdere beoordeling van de wijze waarop het Belgische I.P.R. omgaat met rechtsstelsels die in dit verband tot op vandaag een ongelijke behandeling tussen man en vrouw handhaven<sup>16</sup> of die

<sup>14</sup> Bv. Nicaragua: ouderlijke toestemming voor de man tot 18 jaar en voor de vrouw tot 21 jaar, terwijl de huwbare leeftijd voor een man is bepaald op 15 jaar en voor een vrouw op 14 jaar. Zie ook Uruguay: ouderlijke toestemming voor een man tot 25 jaar, voor een vrouw tot 23 jaar. De meerderjarigheid is er bepaald op 21 jaar: J. VAN DE VELDE, *Burgerlijke Stand: Internationale Burgerlijke Stand*, Vanden Broele, 1999 (losbladig).

<sup>15</sup> *Gedr. St. Kamer* 1988-89, nr. 42/3, 11-22. Ook in Nederland gingen bij de wetswijziging in 1984 stemmen op om niet, zoals uiteindelijk gebeurde, de huwbare leeftijd voor meisjes op te trekken tot achttien, maar wel die van jongens te verlagen tot zestien. Daartoe werd verwezen naar art. 8 en 12 E.V.R.M. en naar de mondigheid van jeugdigen: verwijzing door M. VAN DER LINDE, "De betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind voor migrantenkinderen", *Migrantenrecht* (Ndl.) 1995, afl. 5, 108, naar M. DE LANGEN en J. SASSENBURG, "De betekenis van mensenrechten voor kinderen", in: *Mensenrechten en Personen- en Familierecht*, NJCM-boekerij, 1986, 52.

<sup>16</sup> O.m. art. 144 Franse C.C.: 15 jaar voor meisjes, 18 jaar voor jongens. In de praktijk komen evenwel niet vaak huwelijken met minderjarigen voor: C. COLOMBET, *La famille*, Paris, Presses

een lagere huwbare leeftijd dan de Belgische regeling vooropstellen.

**16.**Meerdere van die rechtsstelsels zijn gebonden door internationale verdragsbepalingen die discriminatie tussen man en vrouw verbieden<sup>17</sup>. Vermoedelijk stuiten evenwel slechts *kennelijke* inbreuken op fundamentele beginselen, zoals bv. het verbod van kinderhuwelijken<sup>18</sup>, op bezwaar.

## B. DE DISPENSATIEREGELING

### B.1. EEN IMPLICIETE MAAR NIET SYSTEMATISCHE CORRECTIE OP DE ONGELIJKE BEHANDELING

**17.**We stelden hierboven vast dat het gelijkheidsbeginsel geen expliciete rol is toebedeeld in de ontwikkelingsgeschiedenis van de leeftijdsvereiste. Wél heeft het gelijkheidsbeginsel er vaak *impliciet* doorgewerkt, via de dispensatieregeling voor uitzonderlijke situaties.

---

universitaires de France, 1999, 35-54; P. MALAURIE en L. AYNES, *Droit civil. La famille*, Paris, Editions Cuyas, 1995-96, 77-78.

<sup>17</sup> A. MOULAY R'CHID, "Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans", *Rec. des Cours* 1997, 70: art. 16, tweede lid Vrouwenverdrag bindt o.m. Algerije, Egypte, Irak, Jemen, Libië, Jordanië, Koeweit, de Comoren, Marokko en Tunesië. De meeste Staten hebben evenwel reserves geformuleerd. Ook beschermt o.m. art. 18 Afrikaans Handvest voor de rechten van de mens en de volkeren van 1981 (bindt o.m. Algerije, Egypte, Tunesië, Libië, Mauretanië, Somalië, Soedan) de gelijke behandeling van man en vrouw. A. MOULAY R'CHID, *l.c.*, 96, wijst er evenwel op dat ook hierbij rekening moet worden gehouden met reserves. Niettemin blijken meerdere van de genoemde Staten alvast te weigeren om kinderhuwelijken te registreren. Ook art. 1 Handvest Arabische liga, art. 62 handvest Arabische Juristen en art. 2 Tunesisch Handvest stelt het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw voorop: S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Les musulmans face aux droits de l'homme. Religion, droit et politique. Etude et documents*, Bochum, Verlag Dr. Dieter Winkler, 1994, 159.

<sup>18</sup> In meerdere Staten vinden nog kinderhuwelijken plaats. Een Unicef-rapport van 7 maart 2001 wijst uit dat ¾ van de meisjes in Congo-Brazaville huwt tussen de leeftijd van 15 en 19 jaar. In Niger betreft dat 70%, in Afghanistan en Bangladesh de helft, in Honduras en Irak haast een derde.

In Niger is 44% van een bevraagde groep van twintigers gehuwd vóór de leeftijd van vijftien jaar: Unicef-rapport 7 maart 2001, <http://www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=128&flag=report> en DHS Survey 1994, geciteerd in 'Progress of Nations', 1998. Huwelijken op zevenjarige leeftijd zijn niet uitzonderlijk in Nigeria, en op acht jaar in Ivoorkust: Forum on Marriage and the Rights of Women and Girls, "Early marriage: whose right to choose?", januari 2000.

Meerdere Staten hebben inmiddels voorzien in wetten om kinderhuwelijken tegen te gaan. De Indische en Pakistaanse resp. Child Marriage Restraint Acts stellen het kinderhuwelijk wel strafbaar t.a.v. de betrokken volwassenen, maar niet ongeldig. Het meisje moet zelf optreden vóór ze achttien jaar oud is, wil ze het huwelijk herroepen zien (zie o.m. X., *Child marriages restraint act 1929*", in A. SHAHEEN SARDAR, *Gender and human rights in islam and international law. Equal before Allah, unequal before men?*, Den Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, 147-148; S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Les musulmans face aux droits de l'homme. Religion, droit et politique. Etude et documents*, Bochum, Verlag Dr. Dieter Winkler, 1994, 159-163; D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, "Persons and family, chapter 3: Formation of marriage", *I. E. C.L.* 1997: vol IV, 17; "National reports, 'P', *I. E. C.L.* 1996).

18. Door jongens met een zwangere vriendin vanaf de leeftijd van 15 jaar<sup>19</sup> dispensatie van de leeftijdsvereiste te verlenen, hebben ook mannelijke huwelijkskandidaten steeds op vroegere leeftijd kunnen huwen. Ondanks de overwegende toewijzing van verzoeken in die zin<sup>20</sup> bleef de regeling evenwel zijn uitzonderlijke karakter behouden. De dispensatieregeling heeft m.a.w. niet de rol vervuld van systematische correctie op het voormalige verschil in behandeling op grond van geslacht. Dispensatie werd verleend op gronden die rechtstreeks betrekking hadden op de leefwereld en de relatiebeleving van de verzoeker.

## B.2. HET IMPACT VAN CULTURELE EN RELIGIEUZE WAARDEN

19. Een arrest van het Hof van Gent uit 1992<sup>21</sup> geeft aan dat ook culturele en religieuze waarden impact kunnen hebben op de beslissing om al dan niet dispensatie te verlenen.

Het Hof hervormde een uitspraak van de Jeugdrechtbank van Gent<sup>22</sup>. Deze had dispensatie geweigerd om twee redenen: gebrek aan 'gewichtige' redenen om dispensatie te verlenen en gebrek aan belang in hoofde van de minderjarige. De eerste reden werd als volgt gemotiveerd: "de zwangerschap van een vijftienjarig meisje is op zich geen gewichtige reden om systematische opheffing van het huwelijksverbod te wettigen. Ook redenen die het levensbeschouwelijke vlak betreffen (de ouders hadden gesteld 'het wettelijk en kerkelijk huwelijk (te) beschouwen als de ideale basis voor het opvoeden van het toekomstig kind', mede omdat 'het huwelijk aan moeder en kind een wettelijk beschermd statuut geeft') volstaan niet". De rechter verweet in dit kader de partijen er een dubbele moraal op na te houden, aangezien de verwekking klaarblijkelijk wel zonder gewetensbezwaren buiten het huwelijk had kunnen plaatsvinden.

De rechter wees er tevens op dat ook de afstammingsregeling niet langer toeliet om een weigering als onwenselijk te bestempelen wegens strijdig met het belang van het kind. Huwelijks- en buitenhuwelijks- kinderen werden voortaan immers gelijk behandeld. Hiertegen brengen wij in dat de nieuwe afstammingswet wel de vaderschapsregel behield, zodat de automatische vaststelling van het vaderschap van het kind niet enkel vanuit sociaal oogpunt, maar ook juridisch nog steeds als argument kan worden aangehaald. Bovendien vergewist de

---

<sup>19</sup> De regeling kent geen leeftijdsgrens. Deze leeftijd werd evenwel overwegend als ondergrens gehanteerd.

<sup>20</sup> In 1980 werden 133 aanvragen van jongens goedgekeurd en 17 afgekeurd; t.a.v. meisjes werden 4 aanvragen toegestaan en 2 geweigerd. In 1981 was de verhouding resp. 120/8 en 2/0, in 1982 86/11 en 2/0 en in 1983 55/6 en 2/1. Tijdens de eerste zes maanden vanaf de inwerkingtreding van de regeling van 1990 werden 477 verzoeken toegewezen en 175 verworpen: J. PAUWELS, *Beginnelsen van personen- en familierecht, deel 2: Relatierecht*, Leuven, Acco, 1985, 27; J. GERLO, *Personen- en familierecht*, deel 1, Gent, Story-Scientia, 1989, 137. (gegevens: Ministerie van Justitie. Bestuur Wetgeving); J. GERLO, o.c., 2000, nr. 377 (gegevens: *Vr. en Antw.* Senaat 28 juni 1994, 6056).

<sup>21</sup> Gent 2 november 1992, *R.W.* 1992-93, 1167.

<sup>22</sup> Jeugdrb. Gent 12 oktober 1992, *R.W.* 1992-93, 1168.

toekomstige moeder zich op die manier van recht op bijstand door de vader<sup>23</sup>. Ook vervullen morele overwegingen voor sommigen nog steeds een belangrijke rol<sup>24</sup>.

**20.** De rechter heeft zich niet laten leiden door dergelijke overwegingen. Hij besloot dispensatie te weigeren, nadat hij zich er in het belang van de minderjarige van had vergewist dat de minderjarige onvoldoende besef had van de draagwijdte van haar huwelijkskens: "Het kan geenszins in haar belang zijn haar als studente - nog minstens twee jaar schoolplichtig - gepaard gaande met de moeilijke taak van jonge moeder daarenboven nog de zware taak van echtgenote en huishoudster te laten vervullen".

**21.** Het vonnis werd hervormd in hoger beroep. De beroepsrechter steunde zich daartoe op het feit dat het huwelijk nog steeds een voordeel inhield, m.n. een wettelijk vaderschapsvermoeden (de vaderschapsregel). Ook hield het Hof rekening met de morele beweegredenen van de partijen. Na een positieve beoordeling van "de psychische rijpheid van de verloofden, hetgeen een prognose inhoudt omtrent de kansen op welslagen van het voorgenomen huwelijk"<sup>25</sup>, oordeelde de beroepsrechter dat "hun beslissing weloverwogen en gefundeerd is en dat beide verloofden voldoende maturiteit blijken te bezitten. Mede gelet op de familie-omstandigheden en de aangevoerde beweegredenen van ethische en godsdienstige aard is het verzoek tot dispensatie gerechtvaardigd".

**22.** Delva's kwalificatie van een huwelijk dat wordt aangegaan met de loutere doelstelling om een schandaal te voorkomen als een "schijnhuwelijk zoals dat bij veinzing het geval is"<sup>26</sup>, dient o.i. te worden gerelativeerd. Kiest men voor een vergelijking met huwelijken die zijn aangegaan met andere motieven dan louter deze van het vormen van een levensgemeenschap, dan is de vergelijking met een zakelijk huwelijk beter geplaatst. Opdat een schandaal daadwerkelijk voorkomen zou worden, resulteren deze 'wettigende' huwelijken immers in een effectieve levensgemeenschap. Van schijn is bijgevolg geen sprake. Een zakelijk huwelijk (*cf. infra*) wordt niet gesanctioneerd zolang de huwelijksmotieven het gezinsleven niet uitsluiten<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> H. DE PAGE en J.-P. MASSON (1990), 528.

<sup>24</sup> Jeugdrrb. Kortrijk 23 oktober 1990, *R.W.* 1991-92, 262: "Niettemin dient met de morele beweegredenen van betrokkenen rekening te worden gehouden... (nu) in de optiek van een groot deel van de bevolking het huwelijk nog steeds als een hoeksteen van de maatschappij geldt, en als het enige kader waarbinnen de procreatie past...het kan niet de bedoeling van de recente afstammingswetgeving geweest zijn om mensen met dergelijke visie of mensen die zich in dergelijke gemeenschap bewegen, in gewetensnood te brengen."

<sup>25</sup> Aandacht voor deze factoren vinden we ook bij: W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, Story-Scientia, 1978, 50; F. RIGAUX, *Les relations familiales, Les personnes, I*, Brussel, Larcier, 1971, nr. 885.

<sup>26</sup> W. DELVA, o.c., 50, verwijst naar noot J. DABIN, *R.C.J.B.* 1947, 31.

<sup>27</sup> Brussel 20 mei 1981, *Rev. not.* 1982, 208; Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 265; Rb. Gent 18 april 1983, *T. Vreemd.* 1983, 165; Rb. Bergen 21 februari 1986, *J.T.* 1987, 370; Rb. Luik 19 mei 1988, *Rev. dr. étr.* 1988, afl. 50, 154; Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1994, 75; Rb. Dendermonde 6 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1994, 213; Rb. Brussel 30

**23.** Neemt een hogere rechter familiale omstandigheden en beweegredenen van ethische en godsdienstige aard in aanmerking t.a.v. Belgen, dan dient hij dat met het oog op de gelijke behandeling eveneens te doen t.a.v. vreemdelingen. Gezien zijn aandacht voor de concrete situatie moet daarbij o.i. niet systematisch onderscheid worden gemaakt naargelang van de verblijfssituatie van de betrokkenen. De beoordeling van de dispensatiegronden staat o.i. los van de I.P.R.-context.

**24.** We kunnen ons in dit verband richten naar de criteria die naar Nederlands recht reeds zijn gehanteerd. De aandacht voor culturele elementen gaat er volgens WORTMANN eerder uit naar de gewoonten van de woonplaats van de verzoeker, dan naar zijn nationale recht<sup>28</sup>. De persoonlijke beleving staat centraal, eerder dan het belang om de situatie juridisch in te kleden op de wijze die in het land van herkomst de grootste waardering geniet.

### **B.3. HET IMPACT VAN DE MENTALE EN PSYCHISCHE RIJPHEID**

**25.** De aangehaalde uitspraak is evenwel geen weerspiegeling van de gemiddelde dispensatiegrond. De klemtoon ligt nog steeds hoofdzakelijk op de mentale en psychische rijpheid van de jongere. Deze aandacht ligt in de lijn van o.m. art. 14 en 16 I.V.R.K. die een emancipatorische functie t.a.v. kinderen willen vervullen. Naarmate een kind ouder wordt, versterkt zijn aanspraak op een zelfstandige uitoefening van de persoonlijkheidsrechten en mensenrechten waarvan hij titularis is<sup>29</sup>. In dat verband menen we dat een vijftienjarige met voldoende onderscheidingsvermogen zou moeten kunnen opteren voor een juridische onderbouw van het gezinsleven dat hij inmiddels door de zwangerschap heeft opgebouwd, te meer indien hij daarvoor de steun geniet van zijn ouders.

### **B.4. TWEE LACUNES IN DE HUIDIGE DISPENSATIEREGELING**

**26.** Bij een analyse van de dispensatieregeling springen twee lacunes in het oog.

**27.** Enerzijds is geen absolute ondergrens voor dispensatie bepaald, noch internrechtelijk noch internationaalrechtelijk<sup>30</sup>. In het verlengde van de hierboven genoemde ruime appreciatiemarges is er door de interne wetgever vermoedelijk

---

november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66.

<sup>28</sup> S. WORTMANN, *Burgerlijk wetboek: internationale regelingen. 2: Internationaal privaatrecht, Reeks Nederlandse staatswetten. Editie Schuurman en Jordens*, Zwolle, Tjeenk Willink, 28.

<sup>29</sup> P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2003, nr. 1209.

<sup>30</sup> Art. 2 V.N.-Verdrag van 10 december 1962 inzake de huwelijkstoestemming, de minimumleeftijd waarop een huwelijk mag worden aangegaan en de registratie van huwelijken (Bijlage bij Resol. Alg. Vergadering 1763 A (XVII) van 9 november 1962, 521 UNTS 231, *Annuaire Unidroit* 1962, 296), legt de Verdragsstaten wel de positieve verplichting op om een minimumleeftijd voor het huwelijk voor te schrijven ("where appropriate"), maar bepaalt niets omtrent de mogelijkheid om dispensatie van de vereiste te verkrijgen. Het Verdrag is overigens niet geratificeerd door België.

bewust voor geopteerd om geen leeftijdsgrenzen te koppelen aan de dispensatieregeling. Niettemin is een absolute ondergrens wenselijk in het licht van de strijd tegen kinderhuwelijken. Dispensatie werd reeds meermaals verleend aan meisjes van 13 of 14 jaar oud<sup>31</sup>. De Verdragen van Montevideo<sup>32</sup>, die meerdere Latijns-Amerikaanse Staten binden, bepalen de leeftijdsgrens op twaalf jaar voor een meisje en veertien jaar voor een jongen. We menen evenwel dat een minimale huwelijksleeftijd van vijftien jaar billijker is met het oog op de strijd tegen kinderhuwelijken. Deze leeftijdsgrens figureert alvast in de Nederlandse Wet Conflictenrecht Huwelijk<sup>33</sup> en staat in een C.I.E.C.-Aanbeveling inzake huwelijk aangegeven als 'stade suffisant de maturité physique et intellectuelle'<sup>34</sup>. De Duitse wetgever heeft de ondergrens bepaald op zestien jaar<sup>35</sup>.

**28.** Anderzijds is de omschrijving 'gewichtige redenen' heel vaag. Zwangerschap is noch een voldoende<sup>36</sup>, noch een noodzakelijke<sup>37</sup> reden tot dispensatie. Zoals we reeds stelden, ontnemt de nieuwe afstammingswet een verzoek op grond van zwangerschap niet zijn relevantie. De rechter kan evenwel steeds weigeren dispensatie te verlenen indien een huwelijk niet de beste oplossing lijkt voor het betrokken meisje<sup>38</sup>. De psychische rijpheid van de betrokkenen kan en moet in acht worden genomen om de kans op een geslaagd huwelijk te bepalen<sup>39</sup>.

**29.** Naast zwangerschap als meest voorkomende<sup>40</sup> grond voor dispensatie

<sup>31</sup> In 1981 werd zes maal dispensatie toegestaan op 13-jarige leeftijd. In de eerste helft van de jaren 1980 konden ook veertienjarigen huwen (gegevens: Ministerie van Justitie. Bestuur Wetgeving).

<sup>32</sup> D.d. 12 februari 1889 en 15 maart 1940.

<sup>33</sup> Art. 3 W.C.H., gesteund op de hieronder vernoemde C.I.E.C.-Aanbeveling van 1976. Hierover A. DYER, "The Hague Convention on celebration and recognition of the Validity of marriages in perspective", in J. VAN RIJN VAN ALKEMADE (ed.), *Grensoverschrijdend privaatrecht. Opstellen aangeboden aan Mr. J. VAN RIJN VAN ALKEMADE*, Deventer, Kluwer, 1993, 94. Voorheen vond een dispensatie uitzonderlijk reeds plaats op de leeftijd van 14 jaar: G. VAN DER BURGH en M. ROOD-DE BOER, *Pitlo: het Nederlands Burgerlijk Wetboek, I, personen- en familierecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1996, 70-72.

<sup>34</sup> Art. II.5 C.I.E.C. Recommendation n° 2 relative au droit du mariage, 8 september 1976, in X., *Conventions et recommandations (1956-1987)*, Strasbourg, C.I.E.C., 1988, 334; BOULANGER, *Droit civil de la famille, tome I, Aspects internes et internationales*, Paris, Economica, 1992, 136-137.

<sup>35</sup> § 1303 BGB.

<sup>36</sup> Ook Jeugdrb. Kortrijk 23 oktober 1990, *R.W.* 1991-92, 262, stelde: "de ontheffing van de leeftijdsvereiste bij huwelijk kan om reden van zwangerschap van de vrouw toegestaan worden".

<sup>37</sup> *Contra*: A. DYER, *Actes et Documents, Session 13*, C.I.E.C., 1976, 44.

<sup>38</sup> *Gedr. St. kamer* 1988-89, nr. 42/3, 16.

<sup>39</sup> W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, Story-Scientia, 1978, 50; F. RIGAUX, *Les relations familiales, Les personnes, I*, Brussel, Larcier, 1971, nr. 885.

<sup>40</sup> H. DE PAGE en J.-P. MASSON (1990), 528; W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, Story-Scientia, 1965, 94 en uitgave 1978, 50; F. RIGAUX, *Les relations familiales, Les personnes, I*, Brussel, Larcier, 1971, 250; A. HEYVAERT, *Personenrecht, gezinsrecht en familierecht, deel 3: Gezins- en familierecht: huwelijk en echtscheiding*, Antwerpen, U.I.A., 1989, 344. Bv. Rb. Namen 13 juli 2001, *J. dr. jeun.* oktober 2002, 38; Gent 2 november 1992, *R.W.* 1992-93, 1167; Jeugdrb. Kortrijk 23 oktober 1990, *R.W.* 1991-92, 262.

kunnen andere redenen worden ingeroepen<sup>41</sup>. De jeugdrechtbank van Charleroi<sup>42</sup> verleende bv. een minderjarig meisje van 16 jaar dat reeds twee kinderen had, dispensatie op grond van de wens van de partners om een huwelijkscontract op te stellen. De rechter hield er rekening mee dat de twee zich bewust waren van hun verantwoordelijkheden en dat beide ouders van het meisje met het huwelijk instemden. Opvallend aan deze uitspraak is evenwel dat de niet-verschijning van de moeder als een instemming werd geïnterpreteerd. Art. 148 B.W. stelt nochtans uitdrukkelijk dat “de ouder die niet verschijnt, wordt geacht niet in het huwelijk toe te stemmen”. Bovendien bleek *in casu* uit haar verklaring tijdens een politieonderzoek dat de moeder weigerde toe te stemmen in het huwelijk. Een rechtsregel werd m.a.w. door de rechter opzijgeschoven, zonder dat hij meende zich daartoe op rechtvaardigende motieven te moeten beroepen. Deze uitspraak getuigt alvast van een grote openheid voor dispensatie.

## C. DE TOEPASSING VAN DE LEEFTIJDSDVOORWAARDE OP VREEMDELINGEN

### C.1. LEIDENDE VRAGEN

**30.** De internrechtelijke aanpak van de leeftijdsvereiste wekt het vermoeden dat de voorwaarde ook t.a.v. vreemdelingen soepel wordt benaderd<sup>43</sup>. Het onvermijdelijk subjectieve karakter van een beoordeling op grond van religieuze en ethische motieven roept evenwel de vraag op naar de aanpak van vreemde cultuur- en godsdienstelementen. Is er daadwerkelijk een grote openheid of stuit een positief oordeel mogelijk, al dan niet terecht, op onbegrip voor bepaalde traditionele opvattingen? Is de nationaliteit van de andere partner of het verblijfsstatuut van beiden mogelijk mede van invloed op de beoordeling door de rechter van de concrete omstandigheden, in het licht van het dispensatieverzoek?

**31.** Dezelfde vragen stellen zich voor wat betreft de omgang met soepelere dan wel strengere leeftijdsbepalingen. Wordt buitenlands recht dat man en vrouw nog steeds verschillend behandelt, toegepast en zoja, binnen welke grenzen? Vanaf wanneer stuiten lagere leeftijdsgrenzen op het verbod van kinderhuwelijken<sup>44</sup>?

---

<sup>41</sup> F. LAURENT, *o.c.*, II, 358; R. DEKKERS, *Traité*, I, 131-132; F. RIGAUX, *Les relations familiales, Les personnes, I*, Brussel, Larcier, 1971, 251.

<sup>42</sup> Jeugdbr. Charleroi 4 maart 1996, *J.D.J.* 1996, 223.

<sup>43</sup> Deze opvatting wordt tevens gedeeld (voor het Nederlandse I.P.R.) door o.m. A.C.M. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 273.

<sup>44</sup> O.m. naar Bengaals recht kan het huwelijk van een meisje reeds worden voltrokken op de leeftijd van negen jaar. Het huwelijk van een meisje kan reeds worden voltrokken op de leeftijd van twaalf jaar in o.m. Chili, Colombia, een deel van Mexico, Panama, Quebec, Kansas, Massachussetts, Mississippi, New Jersey, Pennsylvania, Rhode Island en Washington. Deze Staten bepalen de meerderjarigheid nochtans overwegend op 18 of 21 jaar (info uit BERGMANN en FERID, *o.c.* en J. VANDE VELDE, *o.c.*). Naar Israëlsch recht kan een meisje huwen vanaf de



Kan een hogere leeftijdsbepaling strijdig worden bevonden met de handelingsvrijheid van meerderjarigen<sup>45</sup>?

**32.** Is er een evolutie in de aanpak t.a.v. vreemdelingen merkbaar? Zoja, neigt die naar een gelijkschakeling van de huwelijksvereiste voor Belgen en vreemdelingen of integendeel naar grotere nuances, rekening houdend met de concrete bepalingen van het toepasselijke buitenlandse recht of eventueel met de culturele context? Onderzoek wees alvast uit dat migranten in België ook na langdurig verblijf nog blijven huwen op relatief jonge leeftijd<sup>46</sup>.

leeftijd van 12 jaar, een jongen vanaf 13 jaar (BERGMANN en FERID, o.c., 105-106). De meeste Midden- en Latijns-Amerikaanse landen hebben o.i.v. het canonieke recht nog steeds een lagere huwbare leeftijd, die vaak op resp. 14 en 16 jaar ligt (Bolivië, Costa Rica (15 voor beiden), Ecuador, El Salvador, Guatemala, Mexico (varieert van streek tot streek; is soms voor een meisje op 12 jaar bepaald), Nicaragua (resp. 14 en 15 jaar), Paraguay (beiden 16 jaar), Venezuela). In Chili, Colombië, Panama, Uruguay ligt de leeftijd op 12 en 14 jaar. Argentinië, Brazilië, de Dominicaanse Republiek en Honduras stellen voor mannen een hogere huwbare leeftijd in van 18 jaar. Boliviaanse en Peruviaanse meisjes kunnen huwen vanaf veertien jaar, of eerder reeds in ernstige omstandigheden, na rechterlijke dispensatie. Vijftien jaar geldt als huwbare leeftijd voor Marokkaanse meisjes en in Jordanië (art. 4-6 Familiewet), Ethiopië, Liberia, Mauritius en Zuid-Afrika. Zestien jaar is de huwbare leeftijd voor Franse (art. 144 C.C.), Egyptische (art. 99 Familiewet), Hondurese, Libische, Indonesische, Pakistaanse (Child Marriage Restraint Act nr. 19 van 1 oktober 1929), Oostenrijkse, Roemeense en Albanese (art. 14) meisjes, Jordaanse jongens, Engelse (Marriage act 1929), Portugese, Maltese, Keniaanse en Paraguyaanse (art. 17.1) jongeren. De Nederlandse wetgever heeft de huwbare leeftijd voor beide partners op zestien jaar bepaald als het meisje zwanger is, zonder dat daartoe expliciet dispensatie moet worden verleend: art. 1:31 tweede lid B.W.

Dat in de praktijk vaak reeds op jongere leeftijd huwelijken plaatsvinden, blijkt o.m. uit de regel naar Indisch en Pakistaans recht dat een meisje dat vóór de leeftijd van 15 jaar is uitgehuwelijkt door haar vader, het huwelijk kan verwerpen tot ze 18 jaar is, mits het huwelijk nog niet geslachtelijk is voltrokken. Naar Soedanees recht (art. 8 circ. 1960) kan een meisje vanaf de leeftijd van tien jaar worden uitgehuwelijkt als gevreesd wordt voor haar moraliteit, terwijl de officiële huwbare leeftijd voor een meisje 13 jaar en voor een jongen 15 jaar bedraagt. In Tunesie bedraagt de huwbare leeftijd 17 jaar voor een meisje en 20 jaar voor een jongen (art. 5, tweede lid wet inzake personeel statuut; A.BEL HAJ HAMOUDA, "A la recherche d'une autre famille: la famille nourricière. Cas du droit tunésien", in J. POUSSON-PETIT (ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, 405; S. BEN HALIMA, "Religion et statut personnel en Tunisie", *Rev. tun. dr.* 2000, 125: deze bepaling kadert in de strijd tegen kinderhuwelijken). In Turkije is de huwbare leeftijd bij wet van 22 november 2001 voor meisjes en jongen gelijk bepaald op 17 jaar (voorheen 15 jaar voor meisjes). In Pakistan is de huwbare leeftijd algemeen op 18 jaar bepaald. In Indië moeten jongens tot hun 21e verjaardag wachten. Dispensatie is er niet voorzien.

<sup>45</sup> Mannen kunnen naar Indonesisch en Oostenrijks recht slechts huwen op 19 jaar, naar Tunesisch recht op 20 jaar en naar Pools en Indisch recht op 21 jaar. Het huwelijksrecht van El Salvador bepaalt de leeftijd voor beide geslachten op 21 jaar.

<sup>46</sup> R. LESTHAEGHE, "Transnational islamic communities in a multilingual secular society", *Internetsite VUB - Interface demography*, verwijst naar de J. SURKYN FFVP-surveys van 1993: n.a.v. een onderzoek onder 800 Turkse en 820 Marokkaanse vrouwen naar huwelijken beneden de leeftijd van achttien jaar is gebleken dat ook van de tweedegeneratiemigrantenvrouwen tussen 17 en 24 jaar oud 13% van de Turkse en 7% van de Marokkaanse huwt beneden de leeftijd van achttien jaar. Van de recent toegekomen vrouwen binnen dezelfde leeftijdscategorie is de helft van de Turkse vrouwen op jongere leeftijd gehuwd en 21 % van de Marokkaanse vrouwen. Het percentage bij de ondervraagde Turkse en Marokkaanse vrouwen tussen 40 en 49 jaar oud bedroeg 42. Huwelijken op jonge leeftijd blijven doorgang vinden, niet zelden met een emancipatorisch oogmerk. Vele migrantenmeisjes blijken slechts met mannen te kunnen omgaan vanaf het ogenblik dat ze gehuwd zijn. Ook zou hun veiligheidsgevoel soms toenemen door een

## C.2. DE TOEPASSING VAN DE VERWIJZINGSREGEL EN MOGELIJKE AFWIJKINGEN

**33.** De bepaling van art. 144 B.W. inzake huwbare leeftijd is geen politiewet en is slechts op Belgen toepasselijk.

**34.** De verwijzing naar het personele recht van de huwelijkskandidaten impliceert het risico dat bij een nationaliteitsgemengd huwelijk de betrokken personele wetten elkaar tegenspreken. Op elke partner wordt de leeftijdsvereiste van zijn eigen personele wet toegepast.

**35.** Een uitzondering op de toepassing van personeel recht is denkbaar in drie hypothesen.

**36.** De eerste hypothese betreft deze van de erkende vluchteling. Op hem/haar is de Belgische leeftijdsbepaling van toepassing. Twee kanttekeningen kunnen daarbij worden gemaakt.

Een discrepantie tussen reële en beweerde leeftijd kan niet worden uitgesloten<sup>47</sup>. Aangezien de betrokkene zijn/haar identiteit kan bewijzen met alle middelen van recht<sup>48</sup> en dit bewijs vaak is beperkt tot vermoedens gezien de precaire verhouding met de autoriteiten van het land van oorsprong, is een huwelijk beneden de minimumleeftijd (*in casu* 18 jaar) voor deze categorie van vreemdelingen niet uitgesloten.

---

huwelijk: D. ABDULRAHIM, "Defining gender in a second exile: Palestinian women in West Berlin", in G. BUIJS (ed.), *Migrant women. Crossing boundaries and Changing Identities*, Oxford, Berg, 1996.

<sup>47</sup> Dat probleem kan zich m.b.t. elke persoon stellen. Terwijl een kandidaat-vluchteling zijn identiteit met alle middelen rechteus kan bewijzen (*cf. infra*), moet t.a.v. andere vreemdelingen worden gewerkt a.h.v. de geboorteakte. Bij bepaalde vreemdelingen zou de datum van het doopsel, soms tot twee jaar na de geboorte, de geboortedatum vervangen: *Vr. en antw.* Kamer, GZ 1999-2000, 7 februari 2000, nr. 17, 1840 (Vr. nr. 75 Y. LETERME), m.b.t. Turken. De minister van Justitie heeft n.a.v. een parlementaire vraag verduidelijkt dat het identiteitsdocument dat in het buitenland is opgesteld in de gebruikelijke vormen, in toepassing van art. 47 B.W. wettelijke waarde heeft. De datum in de geboorte-akte is de geboortedatum op identiteitskaart. Medische attesten volstaan niet om de geboortedatum in de registers te laten wijzigen. Ontdekt iemand een onregelmatigheid, dan moet hij dat kunnen staven, in overeenstemming met de bepalingen van art. 1 K.B. 16 juli 1992 betreffende het recht op toegang tot de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister en betreffende het recht op verbetering van deze registers. Is er geen geboorte-akte voorhanden, dan wordt hoogstens een datum vermeld onde de noemer'opgegeven geboortedatum'.

<sup>48</sup> Luik 28 november 1986, *J.T.* 1987, 89. Het Verdrag van München (CIEC) van 5 september 1980 betreffende de afgifte van een internationaal certificaat van bekwaamheid om te huwen, *Tractatenblad van Nederland* 1981, 71, is in België niet van toepassing (in werking sinds 1 februari 1985 in Italië, Luxemburg, Nederland, de Nederlandse Antillen, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Turkije en Zwitserland. België en Griekenland ondertekenden enkel). Het verdrag voorziet als grensoverschrijdend bewijs in een meertalig certificaat dat wordt afgegeven door het bestuur op vraag van een onderdaan of een vluchteling die is onderworpen aan het personeel statuut van de betrokken rechtsorde. Het certificaat attesteert de bekwaamheid om te huwen met een genoemde vreemdeling.

37. Een tweede hypothese doet zich voor in het geval dat het *forum* de techniek van *renvoi* (terugwijzing) toepast. In dat geval wordt de *lex fori* bv. toegepast als de vreemdeling gewoonlijk in België verblijft en het I.P.R. van zijn herkomstland verwijst naar de wet van de verblijfsstaat. Deze techniek vormt, zoals gezegd, een uitzondering op de klassieke I.P.R.-leer<sup>49</sup>. Een toepassing ervan is vaak ingegeven door de doelstelling om een bepaald resultaat te bereiken, bv. in dit verband door *favor matrimonii*.

38. Een derde mogelijke afwijking van het nationale recht doet zich voor op het niveau van de erkenning van een huwelijk dat in een andere Staat dan het herkomstland van één van de partners werd aangegaan. Heeft die Staat niet de nationale wet van de jongere toegepast maar de eigen soepelere regelgeving (als *lex celebrationis*<sup>50</sup>) of hebben de bevoegde autoriteiten van die Staat dispensatie verleend op een jongere leeftijd dan de nationale wet van de betrokkene en de Belgische rechtspraak aanvaardbaar achten, dan rijst de vraag of het huwelijk in België zal worden erkend.

Hieromtrent is vooralsnog geen rechtspraak gepubliceerd. We zullen in de hiernavolgende analyse van gepubliceerde Belgische rechtspraak en bestaand rechtsvergelijkend onderzoek evenwel vaststellen dat algemeen op soepele wijze wordt omgegaan met de leeftijdsvereiste. Deze aanpak laat ons toe te vermoeden dat de B.I.P.O.O. zich niet zal verzetten tegen de erkenning van genoemde huwelijken.

### C.3. EEN SOEPELE OMGANG MET DE LEEFTIJDVEREISTE BINNEN HET I.P.R.

#### C.3.A. SOEPELE RECHTSPRAAK INZAKE BEVOEGDHEID

39. De soepelheid die bepaalde rechters in I.P.R.-zaken aan de dag leggen<sup>51</sup>, kan o.m. worden gemeten aan de wijze waarmee ze tot 1990<sup>52</sup> omgingen met

<sup>49</sup> Cf. *supra*, deel 2B, randnr. 53.

<sup>50</sup> Deze wet wordt ook verdragsrechtelijk soms als bevoegd bestempeld, o.m. door de twee Verdragen van Montevideo van 12 februari 1889 en 15 maart 1940, voor meerdere Latijns-Amerikaanse landen.

<sup>51</sup> Hierover o.m. H. BORN, "La compétence des tribunaux belges à l'égard des demandes de dispense de l'âge légal de la nubilité intéressant des mineurs étrangers", *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 208-210; A.V.M. STRUYCKEN, "Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé", *Trav. Com. fr. D.I.P.* 1978, 208-210.

<sup>52</sup> Bij Wet van 19 januari 1990 werd ook naar Belgisch recht deze bevoegdheid van de Koning overgedragen op de jeugdrechter. M.b.t. vreemdelingen die in België willen huwen, heerst evenwel onduidelijkheid. Een expliciet bevoegdheidsconflict is vooralsnog niet gerezen. Uit de beperkte gepubliceerde rechtspraak blijkt echter enerzijds dat het eerder in deze bijdrage beproven arrest d.d. 12 juli 1991 een vonnis van de jeugdrechtbank van Brussel 12 juni 1991 verbrak, zonder over diens bevoegdheid uitspraak te doen, terwijl het Hof van Bergen anderzijds een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg d.d. 24 november 1993 bevestigt.

O.i. is de jeugdrechter algemeen bevoegd, ook t.a.v. vreemdelingen en dit ongeacht of de nationale wet al dan niet naar een andere dan een rechtsprekende instantie verwijst (naar Frans

buitenlandse bepalingen die de bevoegdheid tot dispensatie toebedeelden aan de rechterlijke macht. Uit de gepubliceerde rechtspraak van de periode 1976-1990 blijkt op één uitzondering na een soepele houding<sup>53</sup>. Deze rechtspraak ligt in de lijn van talrijke pleidooien vanaf het einde van de jaren 1970 om de dispensatiebevoegdheid over te dragen aan de rechterlijke macht. De overweging daarbij was dat het recht om te huwen als mensenrecht beter door een onafhankelijke instantie kon worden beoordeeld, met mogelijkheid van verhaal<sup>54</sup>. Omdat vreemdelingen niet steeds een band bewaren met het land van herkomst, werd het bovendien praktisch te gecompliceerd en tevens niet wenselijk geacht om hen te verplichten zich daarvoor tot hun eigen autoriteiten te richten<sup>55</sup>.

40. Dat neemt niet weg dat meerdere auteurs<sup>56</sup> deze adaptatie inzake bevoegdheid als onwettig hebben bestempeld. In dat licht ook weigerde de Luikse rechtbank in 1976<sup>57</sup> dispensatie te verlenen aan twee Italianen die in België wilden huwen maar in toepassing van art. 84 Italiaans burgerlijk wetboek slechts een rechterlijke dispensatie konden krijgen. De rechter verklaarde zich onbevoegd, aangezien “la détermination de l'autorité belge compétente est régie par le droit interne, chaque état répartissant souverainement les attributions entre ses divers organismes institutionnels”. Niettemin stond de Luikse rechter alsnog een beroep toe op de minister van Justitie, om te vermijden dat zijn uitspraak zou resulteren in rechtsweigering, nu de Koning van zijn kant niet bevoegd was om dispensatie te verlenen aan vreemdelingen<sup>58</sup>. Meerdere auteurs meenden

---

recht bv. is het staatshoofd (art. 164 C.C.) of de procureur van de Republiek (art. 145 C.C.) bevoegd). Dit leiden wij – bij gebrek aan een duidelijk standpunt binnen de gepubliceerde rechtspraak of rechtsleer - *a contrario* af uit de regeling die werd gehanteerd vóór 1990. Vele rechtbanken van eerste aanleg steunden toen, ingevolge het toepasselijke buitenlandse recht, hun bevoegdheid op de bepaling die hen residuaire bevoegdheid verleende, ook al kwam de bevoegdheid tot dispensatie naar intern recht exclusief toe aan de Koning. Aangezien het interne recht vandaag de bevoegdheid tot dispensatie aan de jeugdrechter toekent, kan de rechtbank van eerste aanleg zijn residuaire bevoegdheid niet langer invoeren en verklaart de jeugdrechter zich vandaag bevoegd.

<sup>53</sup> Rb. Charleroi 30 juni 1977, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 278; substitutie is nodig opdat de verwijzingsregel zou kunnen worden geëerbiedigd; Rb. Brussel 14 mei 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 83; Rb. Brussel 4 september 1981, *J.T.* 1982, 361.

<sup>54</sup> *Gedr. St. Kamer* 1988-89, nr. 42/3, 14-16 en 20; MASSON, *J.T.* 1979, 589; G. BAETEMAN en J. GERLO, *T.P.R.* 1981, 798; J. GERLO, *Personen- en familierecht, deel 1*, Gent, Story-Scientia, 1989, 137.

<sup>55</sup> H. DE PAGE en J.-P. MASSON (1990), 529.

<sup>56</sup> A. HEYVAERT, *Internationaal privaatrecht*, 1989, 169; F. RIGAUX, II, (1979), nr. 789 en II (1993), nr. 829; J. ERAUW, *Beginselen van internationaal privaatrecht*, 151-152.

<sup>57</sup> Rb. Luik 12 november 1976, *J.T.* 1977, 211.

<sup>58</sup> Dit volgt uit een noodzakelijk restrictieve interpretatie van de toenmalige artikelen 145 B.W. (meer info hierover: *J.T.* 1983, 216) en 67 G.W. (het huidige art. 108 G.W.: “De Koning maakt de verordeningen en neemt de besluiten...”): F. BALLION, advies openbaar ministerie voor Rb. Brussel 14 mei 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 85: “... en principe les pouvoirs du chef de l'état ne peuvent s'exercer qu'à l'égard des ressortissants de ce pays, ce qui est effectivement la règle notamment en Belgique... C'est un principe constant que le pouvoir exécutif ne croit pas pouvoir prendre des décisions relatives au statut personnel d'étrangers”. Deze onbevoegdheid werd voorheen reeds erkend inzake naamrecht; G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht, o.c.*, 1989, nr. 28, verwijzen naar de onbevoegdverklaring door de uitvoerende

evenwel dat er ook voor dergelijke creativiteit geen ruimte was.

**41.** Zoals we reeds aangaven, ging latere rechtspraak nog verder door de rechterlijke macht bevoegd te verklaren<sup>59</sup>. Nadat hij had vastgesteld dat de toekenningsvoorwaarden van het Italiaanse recht waren vervuld, stelde de rechtbank van Charleroi n.a.v. de bevoegdheidsvraag “que certes les autorités italiennes contestent aux tribunaux étrangers les pouvoirs réservés aux tribunaux italiens d’admettre les mariages d’une mineure de plus de 16 ans et de moins de 18 ans, en se prévalant notamment de l’article 2 du code de procédure civile italienne... que cette disposition vise des dérogations conventionnelles ... que les tribunaux belges ne peuvent tenir compte de cette disposition de procédure étrangère...celle-ci étant applicable seulement sur le territoire italien”. De rechter zag geen graten in een bevoegdheidsuitbreiding door de Belgische rechter, zich daarbij beroepend op analoge gevallen: “les tribunaux belges se sont parfois accordés une compétence de nature gracieuse ou administrative lorsque leur paraissait possible l’assimilation entre leur pouvoirs et ceux donnés à la juridiction étrangère.” Daarnaast haalde hij aan dat “en se déclarant incompétent le tribunal belge se refuserait d’appliquer une disposition de droit civil (...) et serait en opposition avec l’interprétation traditionnelle de l’article 3 al. 3 du Code civil belge”. Dispensatie werd verleend.

Daarmee ging de rechter in tegen het advies van het O.M. dat stelde dat art. 3, derde lid B.W. multilateraal werkt en dat de Italiaanse wet bijgevolg toepasselijk was. De Italiaanse wet inzake burgerlijke procedure behield de bevoegdheid voor aan Italiaanse rechtbanken. De *ratio legis* daarvan bestaat erin de goede toepassing van het nationaal recht op de onderdanen te waarborgen. Het O.M. had geargumenteed: “Il n’est pas contesté que la compétence d’attribution des autorités et des juridictions est déterminée par la loi belge exclusivement. Certes, soucieux d’appliquer correctement la loi étrangère, les tribunaux belges se sont-ils parfois accordés une compétence de nature gracieuse ou administrative lorsque l’assimilation entre leur pouvoir et celui donné à la juridiction étrangère par la loi étrangère leur paraissait possible. Cette assimilation a toutefois des limites...” Die beperkingen betroffen volgens het O.M. o.m.<sup>60</sup> “une matière que la loi belge réserve expressément, en vertu de l’article 145 du Code civil, au pouvoir exécutif. (...) Le tribunal, en refusant sa compétence, ne fait que respecter les règles de son propre droit international privé, en vertu duquel la loi belge, seule, détermine la compétence d’attribution des autorités et des juridictions”.

**42.** Aangezien tot 1990 geen wettelijke grondslag bestond voor de rechterlijke bevoegdheid, werd besloten tot de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van de minderjarige<sup>61</sup>, ingevolge diens residuaire

---

macht om t.b.v. een vreemdeling een individueel normatieve uitvoering te geven aan de wet die zijn personeel statuut beheerst.

<sup>59</sup> Rb. Charleroi 30 juni 1977, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 278, noot G. HIERNAUX.

<sup>60</sup> Het O.M. haalde tevens de erkenning door de Belgische rechtspraak en rechtsleer aan van dergelijk bevoegdheidsvoorbehoud inzake echtscheidingen.

<sup>61</sup> Rb. Brussel 14 mei 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 83.

bevoegdheid<sup>62</sup>.

43. Het argument van het O.M. had kunnen overtuigen, waren er niet de vroegere afwijkingen van het strakke bevoegdheidsprincipe geweest, die aangeven dat bevoegdheids- en procedureregels ondergeschikt zijn aan het (impliciete) verbod van rechtsweigeren. Alhoewel dat geenszins expliciet uit het vonnis kan worden afgeleid, is de uitspraak o.i. - eerder dan vanuit *favor matrimonii* - voornamelijk ingegeven vanuit de bezorgdheid om zich niet schuldig te maken aan feitelijke rechtsweigeren. Substitutie is overigens toelaatbaar indien het gebeurt met de doelstelling om het buitenlandse recht toe te passen op een wijze die de toepassing in het land van herkomst benadert<sup>63</sup>.

44. Vandaag kunnen onze rechters worden geplaatst voor de omgekeerde situatie dat een buitenlandse wet verwijst naar een andere dan een gerechtelijke autoriteit. Zoals vroeger de werking van onze autoriteiten zich aanpaste aan de bevoegdheidsregel die was bepaald in de buitenlandse wet, is het plausibel dat nu het omgekeerde gebeurt. Meerdere landen stellen in die zin hun eigen autoriteiten voortaan niet enkel meer bevoegd voor onderdanen, maar ook voor vreemdelingen<sup>64</sup>. Dergelijke maatregel creëert evenwel het risico dat het huwelijk niet wordt erkend in het land van herkomst. Een aantal landen, waartoe België zich evenwel niet kan rekenen, geniet terzake reeds sinds 1964 een oplossing met de Overeenkomst strekkende tot het vergemakkelijken van huwelijkssluiting in het buitenland<sup>65</sup>. Het Verdrag laat o.m. toe dat het land van huwelijkssluiting de onderdaan van een andere Verdragsstaat volgens de eigen procedures dispensatie verleent van een huwelijksbeletsel, mits de betrokkene daar zijn gewone verblijfplaats heeft.

45. Ook al kan n.a.v. de gepubliceerde rechtspraak niet zonder meer worden besloten tot *favor matrimonii*, bij een grotere gestrengheid t.a.v. de leeftijdsvereiste zou de bekommernis om reële rechtstoegang wellicht minder hebben gespeeld. Ook uit de zorg van de rechters om de vreemdeling in de genoemde zaken toegang te verlenen tot de dispensatiemogelijkheid die hun personele wet hen bood, menen we een veralgemeende soepele houding te mogen afleiden.

### C.3.B. SOEPELE RECHTSPRAAK TEN GRONDE: DE BESCHERMING VAN BESTAAND FAMILIELEVEN

46. Een tweede aandachtspunt betreft de *gronden* waarop dispensatie wordt verleend.

---

<sup>62</sup> Het O.M. verwees tevens naar een vonnis in dezelfde zin van de rechtbank van Brussel d.d. 29 oktober 1971 (Kondziolka), *onuitg.*, waarbij dispensatie werd verleend aan een Poolse jonger dan 21.

<sup>63</sup> J. MEEUSEN, o.c., 217.

<sup>64</sup> A. DYER, *Actes et documents de la treizième session*, CIEC, 48-49.

<sup>65</sup> Parijs 10 september 1964 (C.I.E.C.), *Tractatenblad van Nederland* 1965, 90. In werking in Duitsland, Griekenland, Ndl., Suriname, Spanje, Turkije. België ondertekende enkel.

47. Het Hof van Brussel heeft in 1991<sup>66</sup> dispensatie toegestaan op grond van de loutere overweging dat tussen de betrokkenen reeds feitelijk gezinsleven bestond, n.a.v. een buitenlands huwelijk dat in België niet kon worden erkend. Het Hof ging niet na of er andere bijzondere omstandigheden waren die een dispensatie rechtvaardigden noch of de betrokkenen rijp konden worden bevonden voor een relatie. Het Hof steunde zijn dispensatie op de loutere vaststelling dat er reeds sprake was van familieleven en dat een weigering tot gevolg zou hebben dat de Marokkaanse echtgenoot zou worden uitgewezen bij gebrek aan andere verblijfsgrond. Zijn Belgisch-Marokkaanse vrouw zou hem moeten volgen naar Marokko en de studies die ze in België had aangevangen niet kunnen beëindigen. De rechter gaf haar door het verlenen van dispensatie de kans om een nieuw huwelijk met hem aan te gaan in België.

48. Er is m.a.w. ruimte voor gronden die eigen zijn aan het statuut van vreemdeling. Vormt het verblijf geen reden tot weigering, dan zal een beroep op cultuureigen argumenten dat waarschijnlijk evenmin doen. De openheid die internrechtelijk reeds voor dergelijke motieven bestaat<sup>67</sup>, ondersteunt deze opvatting.

49. Deze uitspraak is vermoedelijk grotendeels ingegeven door de doelstelling om een hinkend huwelijk te vermijden<sup>68</sup>.

50. Er is ons geen rechtspraak bekend waarbij aan personen die nog ongehuwd zijn dispensatie wordt verleend op grond van hun feitelijke samenwoning en hun belang om het verblijf gezamenlijk te kunnen voortzetten. Wél heeft de Amsterdamse rechter in 1995 geoordeeld dat de overheid zijn beslissing om een jongere te verwijderen alvorens de partners zestien jaar oud zouden zijn en zonder dispensatieplicht zouden kunnen huwen, met spoed in heroverweging moest nemen<sup>69</sup>. De rechter oordeelde vooreerst, op negatief advies van de minister van Justitie, dat de zwangerschap van een minderjarige Nederlandse vrouw, die inmiddels was bevallen van het kind van een Marokkaanse illegale verblijfhouder, niet kon volstaan om dispensatie te bekomen. De minister had verwezen naar de Wet Voorkoming Schijnhuwelijken en naar het illegale verblijf van de man. Niet alle huwelijksvereisten waren vervuld, aangezien geen verklaring omtrent de verblijfsstatus was voorgelegd. Art. 12 E.V.R.M. werd volgens de rechter niet geschonden, nu dat artikel enkel personen 'van huwbare leeftijd' beschermt. Op welke leeftijd de

<sup>66</sup> Brussel 12 juli 1991, *Rev. dr. étr.* 1992, 315.

<sup>67</sup> Cf. *supra*, randnr's 19-24, het in rekening nemen van godsdienstige en sociale invloedsfactoren.

<sup>68</sup> Dit is onze besluit. Uit het arrest valt niet af te leiden in hoeverre deze overweging heeft gespeeld. Het is bijgevolg onduidelijk of de rechter ook dispensatie zou hebben verleend als de betrokkenen nog naar geen enkel recht waren gehuwd.

<sup>69</sup> Vz. Rb. Amsterdam 7 maart 1995, *N.I.P.R.* 1995, 360. Zie ook rechtspraak, aangehaald door L. JORDENS-COTRAN en W. VERBERK, "Gezinshereniging. Een jurisprudentieoverzicht 1994-1995 (I)", *Migrantenrecht* 1995, 120.

huwbaarheidsgrens wordt gesteld is afhankelijk van “de nationale wetten welke de uitoefening van dit recht beheersen”. Art. 12 E.V.R.M. verleent geen recht op dispensatie, ook niet n.a.v. ouderschap.

Toen evenwel bleek dat de man dreigde te worden uitgezet alvorens de partners zestien jaar oud zouden zijn en zonder dispensatie zouden kunnen huwen, besloot de rechter niettemin dat de overheid zijn beslissing met spoed in heroverweging moest nemen.

**51.** Het lijkt ons te rechtvaardigen dat een minderjarige onvoldoende rijp wordt bevonden om een huwelijk aan te gaan met een vreemdeling die illegaal verblijf houdt. Het is begrijpelijk dat een rechter liever het verdere verloop van de relatie afwacht.

**52.** Ouderschap kan o.i. evenwel best aan de grondslag liggen van soepelheid t.a.v. de vader opdat hij zijn feitelijke gezinsleven met moeder en kind zou kunnen voortzetten. Een verwijdering, ook al is die slechts tijdelijk, m.n. ter ophaling van geldige binnenkomstdocumenten, is o.i. niet gerechtvaardigd<sup>70</sup>.

**53.** We menen dat een verblijfsmachtiging kan worden verbonden aan de voorwaarde dat de man het kind erkent en mee opvoedt. Na verloop van tijd zal de rechter n.a.v. het feitelijke gezinsleven vermoedelijk oordelen dat een dispensatie kan worden verleend. We sluiten ons in dit verband m.a.w. aan bij de opvatting van de Amsterdamse rechter. Deze werkwijze laat toe om onoprechte relaties tijdig uit te sorteren, alvorens een schijnhuwelijk kan worden aangegaan.

### **C.3.C. SOEPELE RECHTSPRAAK INZAKE HUWELIJKEN OP JONGERE LEEFTIJD DAN 18 JAAR, BEHOUDENS BIJ KINDERHUWELIJK OF *FORUMSHOPPING***

**54.** Het enige ons bekende Belgische arrest dat over de leeftijdsvereiste zelf werd gepubliceerd, geeft geen uitsluitsel over de wijze waarop in beginsel met huwelijken op jonge leeftijd wordt omgegaan. Het Hof van Bergen heeft in 1995 een vijftienjarig Marokkaans meisje toegestaan om in België te huwen<sup>71</sup>. Deze leeftijd van vijftien jaar staat evenwel ook naar intern recht dispensatie niet in de weg.

**55.** Wél trad het Luikse Hof in 1996 streng op tegen het huwelijk van een Belgisch-Marokkaans meisje in Marokko onder de leeftijd van 18 jaar<sup>72</sup>. Het Hof oordeelde dat de geldigheid van het huwelijk in toepassing van de Belgische wet kon worden beoordeeld, aangezien het Haagse Verdrag van 12 april 1930 voorkeur voor de nationaliteit van het *forum* toelaat. Het besloot dat *fraude à la loi* was gepleegd en dat het huwelijk ongeldig was, aangezien het meisje zonder

<sup>70</sup> H.v.J. 25 juli 2002, nr. C-459/99, MRAX t./ België, <http://www.europa.eu.int>, oordeelde reeds in deze zin t.a.v. gehuwden.

<sup>71</sup> Bergen 7 februari 1995, *J.D.J.* 1995, 471, noot.

<sup>72</sup> Luik 19 maart 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 323.



dispensatie vóór het bereiken van de huwbare leeftijd was gehuwd.

De betrokkenen werd het voordeel van een putatief huwelijk geweigerd, omdat niets er volgens het Hof op wees dat het ingeroepen huwelijk zou corresponderen met enige realiteit als instituut. Het feit dat de betrokkenen niet konden bewijzen dat ze een religieuze viering hadden gepland, werd als bijkomende aanwijzing van schijnhuwelijk gehanteerd.

#### **C.4. INVULLING VAN DE B.I.P.O.O.-EXCEPTIE A.H.V. DE CRITERIA VAN DE BELGISCHE DISPENSATIEREGELING**

56. Naar het voorbeeld van meerdere Staten die vandaag reeds huwelijken door vreemdelingen slechts toelaten of erkennen mits ze worden aangegaan op een leeftijd waarop naar intern recht dispensatie mogelijk is<sup>73</sup>, stellen we voor om naar Belgisch I.P.R. een ondergrens van vijftien jaar te hanteren<sup>74</sup>. Deze keuze kan mede worden ondersteund door een verwijzing naar het belang van een vrije huwelijks toestemming<sup>75</sup>.

57. Zijn de echtgenoten nog samen op het ogenblik dat de geldigheid van het huwelijk wordt beoordeeld, en zijn ze op dat ogenblik beiden reeds ouder dan vijftien jaar, dan kan het huwelijk worden erkend, ook al is het als kinderhuwelijk

<sup>73</sup> Hierover: L. PALSSON, *Marriage in comparative conflict of laws: substantive conditions*, Den Haag/Boston/Londen, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, 320.

<sup>74</sup> Zie bv. Gent 2 november 1992, *R.W.* 1992-93, 1167, noot (m.b.t. Belg). Zie ook de praktijk van de Dienst Vreemdelingenzaken: Communicatie van 17 december 2001. In een aantal gevallen werd evenwel, zoals hoger reeds vermeld, door de Belgische rechter op nog jongere leeftijd dispensatie verleend. Ook rezen tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 19 januari 1990 stemmen om de huwbare leeftijd zelf op 15 of 16 jaar te brengen: *Gedr. St. Kamer* 1988-89, nr. 42/3, 11-22. Rechtsvergelijkend: de Nederlandse Wet Conflictenrecht Huwelijk stelt 15 jaar als minimale huwelijksleeftijd voorop.

<sup>75</sup> Zie bv. ook voorstel tijdens Parl. Voorbereiding wet 10 januari 1991. Ook aan het arrest dat een 15-jarig Marokkaans meisje toestond te huwen in België ging een toetsing vooraf van de toestemming, met aandacht voor eventuele zware en overeenstemmende vermoedens van dwang of geweld: Bergen 7 februari 1995, *J.D.J.* 1995, 471. Art. 15 Mud. stelt alvast expliciet dat een vrouw mag weigeren om te huwen met een man met wie een groot leeftijdsverschil bestaat. Recente Nederlandse rechtspraak wijst in de richting van een gelijkaardige beoordeling: Rb. Almelo 20 februari 2002, *M.R.* 2002, 9, erkende het huwelijk in Turkije van een meisje van veertien jaar oud. De gemeente van haar verblijfplaats had de inschrijving van het huwelijk geweigerd omdat ze nog geen vijftien jaar was op het ogenblik van de huwelijksluiting (sinds 1 januari 2002 is de huwbare leeftijd naar Turks recht verhoogd tot zeventien jaar). Er was haar in Turkije evenwel dispensatie verleend. Het huwelijk werd erkend, rekening houdend met de vrije huwelijks toestemming van het meisje en het feit dat ze kort na de huwelijksluiting vijftien jaar was geworden. De rechter oordeelde dat de Nederlandse openbare orde slechts zwak betrokken was bij het feit. Deze uitspraak kan verwonderen, aangezien het meisje gewoonlijk in Nederland verbleef.

Zie ook TGI Paris 15 maart 1972, *R.C.D.I.P.* 1973, 509; H. BATIFFOL en P. LAGARDE, o.c., nr. 415; AUDIT, o.c., nr. 631; J.M. BISCHOFF, *Répertoire Dalloz, Droit international*, 1998, Mariage, nr. 85. Voor een studie die de band tussen leeftijd en dwang onderzocht: R. LESTHAEGHE, *Diversiteit in sociale verandering. Turkse en Marokkaanse vrouwen in België*, Brussel, VUB Press, 1997.

Wél laten bepaalde rechtssystemen reeds op jongere leeftijd dispensatie toe: dertien jaar in toepassing van art. 16-18 Familiewet Syrië; 14 jaar in Paraguay.

aangegaan, mits dat gebeurde in overeenstemming met het aangewezen personeel recht<sup>76</sup>.

58. Heyvaert stelt voor om in dit verband de beslissingsmacht bij de betrokkenen te leggen. Vandaag reeds hangt veel af van de houding van de betrokkenen. Vordert één van hen nietigverklaring van het huwelijk, dan zal die vordering vermoedelijk worden toegewezen. Doen ze dat niet, dan menen we dat het huwelijk zonder meer vanaf de leeftijd van vijftien jaar als een rechtsgeldig huwelijk kan worden beschouwd, mits er geen andere nietigheidsgronden voorhanden zijn<sup>77</sup>.

## C.5. EVALUATIE VAN HET VOORSTEL A.H.V. VERDRAGSRECHT MET DIRECTE WERKING EN RECHTSVERGELIJKING

### C.5.A. EVALUATIE A.H.V. VERDRAGSRECHT MET DIREKTE WERKING<sup>78</sup>

**\* De toelaatbaarheid van een beperking op het recht om te huwen in de vorm van een ondergrens inzake leeftijd**

59. Onze verwijzingsregels zijn zowel naar inhoud, als naar resultaat gebonden door verdragsbepalingen met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde. Leidt de verwijzingsregel tot de toepasselijkheid van buitenlands recht dat ingaat tegen een door België geratificeerd verdrag, dan moet de betreffende wet buiten toepassing worden verklaard. Uit de *ratio legis* van het verdragsrecht volgt dat dit ook het geval is als de betrokken rechtsorde zelf niet is gebonden door het betreffende Verdrag. Recht dat in België wordt toegepast ingevolge internationaal privaatrecht geeft immers aanleiding tot rechtssituaties die zich minstens gedeeltelijk afspelen binnen de Belgische rechtsorde. Om die reden dient dat buitenlandse recht evenzeer aan bindend verdragsrecht te worden getoetst alvorens de gevolgen ervan in België kunnen worden erkend.

60. De toelaatbaarheid van de vereiste is ingebed in art. 12 E.V.R.M. en art. 16 U.V.R.M. die hun toepassingsgebied beperken tot 'mannen en vrouwen van huwbare leeftijd'<sup>79</sup>. De Staten zijn er impliciet toe uitgenodigd om een

<sup>76</sup> Hierover: "E. GUBBELS, "Inschrijving huwelijk in het buitenland met een minderjarige?", *Burgerzaken en recht* 2002, 149.

<sup>77</sup> A. HEYVAERT, "Het recht op eerbiediging van het gezinsleven – een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.* 1981-82, 2232.

<sup>78</sup> We deden systematisch onderzoek binnen alle ons bekende internationale rechtsbronnen die betrekking hebben op het huwelijk. Per huwelijksbeletsel verwijzen we evenwel slechts naar die rechtsbronnen die *in casu* van betekenis zijn. Zo ook hier, bij de bespreking van de vereiste van een huwbare leeftijd. Om die reden wordt een bepaald bi- of multilateraal verdrag in de loop van het onderzoek in de ene context wél en in de andere niet aangehaald. Het leek ons niet nodig om telkens de verdragen op te sommen die zich niet met de gestelde vraag inlaten. De ontstentenis van hun vermelding kan daartoe o.i. volstaan.

<sup>79</sup> In die zin o.m. M. ENRICH MASS, "Article 12", in L.E. PETTITI, E. DECAUX en P.H. IMBERT (eds), *La convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 451; S. LAGOUTTE en A.T. ANRASON, "Article 16", in G. ALFREDSSON en A. EIDE (eds), *The universal declaration of Human Rights. A common standard of achievement*,

minimumleeftijd te bepalen<sup>80</sup>.

61. De enige ons bekende *casus* in dit verband betreft een uitspraak uit 1986 waarbij de E.C.R.M.<sup>81</sup> heeft verduidelijkt dat art. 12 E.V.R.M. niet belet dat bij wet een minimale leeftijd van huwbaarheid wordt bepaald, ook als de religie van de betrokkene een lagere huwbare leeftijd vooropstelt. Art. 9 E.V.R.M. verhindert dat evenmin. Onder "praktijk" moet niet elke handeling worden begrepen die gemotiveerd is door een religie of geloof. Evenmin vormt het huwelijk de uitdrukking van een mening of religie. *In casu* huwde een Britse moslim van 21 jaar een moslimmeisje van 14, 5 jaar nadat hij met haar was gevlucht omdat haar ouders hadden geweigerd om met het huwelijk in te stemmen. Haar personele recht staat een huwelijk zonder toestemming toe vanaf 12 jaar. Het Engelse recht daarentegen bepaalt de huwbare leeftijd op 16 jaar mits toestemming van de ouders en op 18 jaar zonder toestemming. De Commissie onthield zich *in casu* van enige beoordeling van de aan bod gekomen leeftijdsgrenzen en leek daarmee in te stemmen met het soevereiniteitsbeginsel. Ook vroegere beslissingen m.b.t. de beoordeling van (andere) huwelijksvereisten laten toe om hiertoe te besluiten. Daarbij werd evenwel beklemtoond dat beperkingen het recht niet in zijn kern mogen aantasten<sup>82</sup>.

**\* Geen verdragsrechtelijke bepaling van een maximale ondergrens**

62. Art. 1 I.V.R.K. bepaalt: "Voor de toepassing van dit Verdrag wordt onder een kind verstaan ieder mens, jonger dan achttien jaar, tenzij volgens het op het kind van toepassing zijnde recht de meerderjarigheid eerder wordt bereikt". Heyvaert leidt hier *a contrario* uit af dat twee Marokkanen van 18, maar nog niet 19 jaar – de leeftijd van meerderjarigheid naar Marokkaans recht –, vrij kunnen beslissen over gezinsvorming zonder dat hun ouders zich daartegen zouden kunnen verzetten<sup>83</sup>. Uit art. 1 kan o.i. inderdaad *a contrario* worden afgeleid welke *ondergrens* het I.V.R.K. voor de meerderjarigheidsleeftijd vooropstelt. Aangezien het Verdrag zich toespitst op het kind en geen enkele bepaling bevat m.b.t. de meerderjarige, kan het o.i. evenwel geen aanleiding geven tot *precisering* van een vaste internationaalrechtelijke meerderjarigheidsleeftijd<sup>84</sup> of van

Den Haag, Martinus Nijhoff, 1999, 329.

<sup>80</sup> M. NOWAK, o.c., 409; F. PALM-RISSE, *Der Völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 126; D. VAN GRUNDERBEECK (2002), nrs 280-286.

<sup>81</sup> E.C.R.M., nr. D 11579/85, 7 juli 1986, zaak KHAN t./ VK, D&R 48 (87), 253.

<sup>82</sup> E.C.R.M. 13 december 1979, D&R 24 (1981), 5; E.C.R.M. 10 juli 1980, zaak Draper, D&R 24 (1981), 72 (78); E.C.R.M. 1 maart 1979, zaak Van Oosterwijck, B.36 (1983), 27: o.m. m.b.t. het recht voor een gedetineerde om te huwen. Zie ook: P. VAN DIJK en G.H. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer, 1998, 603.

<sup>83</sup> A. HEYVAERT, "De gezinsrechtelijke situatie van Marokkanen met vast verblijf in België" in K. DEFEYTER, M.-CL. FOLETS en B. HUBEAU (eds), *Migratie- en migrantenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 290.

<sup>84</sup> In dezelfde zin: Rb. Antwerpen 18 januari 2002, A.R. 01-2105-B en A.R. 01-2107-B, *onuitg.*: in het kader van een verzoek tot nationaliteitsverstrekking hadden eisers in beide zaken o.m. ingeroepen dat art. 1 I.V.R.K. iedereen vanaf de leeftijd van achttien jaar als meerderjarig beschouwt en dat het Verdrag gezien zijn voorrang op het interne recht impliceerde dat de verzoeker voldeed aan de voorwaarden tot nationaliteitsverwerving, ongeacht of hij in toepassing

huwelijksvereisten t.a.v. meerderjarigen of van een recht om te huwen vanaf de leeftijd van meerderjarigheid.

**63.** Noch het Vrouwenverdrag van 1979<sup>85</sup>, noch andere internationaalrechtelijke bepalingen formuleren een recht om te huwen vanaf een bepaalde leeftijd. Het Vrouwenverdrag en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie houden in dit verband niet meer in dan een impliciete verplichting, in het licht van het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw, om voor man en vrouw de leeftijd gelijk te bepalen<sup>86</sup>.

**\* Impliciete verdragsrechtelijke bepaling van een minimale ondergrens: de strijd tegen kinderhuwelijken**

**64.** Het Vrouwenverdrag verbiedt kinderhuwelijken<sup>87</sup>. De bepaling geniet een onbetwiste directe werking<sup>88</sup>. In een mogelijkheid om van de bepaling af te wijken, is niet voorzien.

**65.** Art. 2 V.N.-Verdrag van 10 december 1962 inzake de huwelijkstoestemming, de minimum-leeftijd waarop een huwelijk mag worden aangegaan en de registratie van huwelijken<sup>89</sup>, legt de Verdragsstaten de positieve verplichting op om een minimumleeftijd voor het huwelijk voor te schrijven "where appropriate"<sup>90</sup>, maar reikt geen verdere richtlijnen aan tot bepaling van die leeftijd. De preambule verwijst in dit verband wel naar het verbod van discriminatie inzake huwelijk tussen man en vrouw op grond van nationaliteit, zoals verwoord in art. 16 Vrouwenverdrag. Het V.N.-comité voor de mensenrechten heeft dit later nog eens bevestigd<sup>91</sup>.

**66.** Dispensatie kan slechts worden toegestaan mits er ernstige redenen toe zijn en het belang van de kandidaat-echtgenoten ermee wordt gediend.

**67.** Kinderverloving en kinderhuwelijken worden verboden in de preambule. Deze begrippen worden evenwel niet gedefinieerd, zodat vermoedelijk elke Staat autonoom is in zijn bepaling<sup>92</sup>. Wel stelt een latere V.N.-resolutie een

---

van zijn personele recht reeds meerderjarig was. De rechter wees dit middel af, aangezien art. 1 I.V.R.K. zich beperkt tot de vermelding dat voor de toepassing van het verdrag kind is 'elk mens jonger dan 18'.

<sup>85</sup> Art. 16.1.a en 16.2 Conventie van New York van 18 december 1979 inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, B.S. 5 november 1985 (hierna: Vrouwenverdrag).

<sup>86</sup> Art. 16 Vrouwenverdrag; art. 9 j° 23 Europees Handvest.

<sup>87</sup> Art. 16 Vrouwenverdrag.

<sup>88</sup> S. RUTTEN, "Vrouwen en het internationaal privaatrecht", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (eds), *Het vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1995, 260.

<sup>89</sup> Bijlage bij Resol. Alg. Vergadering 1763 A (XVII) van 9 november 1962, 521 UNTS 231, *Annuaire Unidroit* 1962, 296.

<sup>90</sup> Art. 2 V.N.-verdrag.

<sup>91</sup> General Comment nr. 28, § 23.

<sup>92</sup> Het verdrag is een *promotional convention*, die evenals het Vrouwenverdrag een grote ruimte voor invulling laat aan de Verdragsstaten: E. SCHWELB, "Marriage and Human Right", *American*

minimumleeftijd van 15 jaar voorop<sup>93</sup>.

68. Ook de Haagse Conferentie en de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (C.I.E.C.) hebben deze leeftijd als richtlijn meegegeven in hun Aanbevelingen<sup>94</sup>.

69. Bepaalde auteurs oordelen, o.i. terecht, dat een bepaling van de huwbaarheid op een leeftijd waarop de betrokkene nog niet over een zelfstandige beslissingskracht beschikt, art. 12 E.V.R.M. schendt<sup>95</sup>.

70. Ook art. 23 I.V.B.P.R. verzet zich onrechtstreeks tegen kinderhuwelijken d.m.v. de termen "huwbare leeftijd" en "vrije en volledige toestemming van de aanstaande echtgenoten". De ontstaansgeschiedenis van het Verdrag maakt duidelijk dat het in de bedoeling lag om de aanbeveling van de hiervoor genoemde VN-resolutie te volgen<sup>96</sup>. Art. 23, vierde lid verwoordt de plicht tot gelijke behandeling van man en vrouw. Een verschil in leeftijdsgrens wordt hierdoor impliciet verboden<sup>97</sup>.

71. Art. 4, tweede lid a) Resolutie (78)37 van het Comité van ministers van de Raad van Europa over de gelijkheid van echtgenoten in het burgerlijk recht en art. 4, tweede lid a) Aanbeveling R (85) 2 van het Comité van ministers van de Raad van Europa van 5 februari 1985 betreffende de rechtsbescherming tegen discriminatie op grond van geslacht, veroordelen een ongelijke behandeling van man en vrouw bij de leeftijdsbepaling<sup>98</sup>. Het V.N.-Vrouwencomité en het V.N.-Comité voor de Mensenrechten oordelen in dezelfde zin<sup>99</sup>.

### \* **Besluit**

72. Terwijl het E.V.R.M. (behoudens indirect art. 5 van het zevende protocol) en het I.V.R.K. geen richtlijnen bevatten om de huwbare leeftijd af te grenzen<sup>100</sup>, is

---

*Journal of Comparative Law* 1963, 369.

<sup>93</sup> VN-resolutie 2018 (XX), 1 november 1965, principe II.

<sup>94</sup> Punt II van de Haagse Aanbeveling inzake Huwelijkstoestemming; Punt 5 Aanbeveling nr. 2 van 8 september 1976 van de Algemene vergadering van de C.I.E.C.

<sup>95</sup> M. PALM-RISSE, o.c., 126.

<sup>96</sup> NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington, 1993, par. 17 commentaar bij art. 23; C. FORDER, "Artikel 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notedop", *N.J.C.M.* 1994, 912 en 916 (de ontstaansgeschiedenis van het verdrag maakt duidelijk dat het in de bedoeling lag om de aanbeveling van de VN-resolutie 2018 (XX) ook in art. 23 te volgen).

<sup>97</sup> C. FORDER, *l.c.*, 916.

<sup>98</sup> Hierover ook: M. NOWAK, o.c., 417. *Contra*: F.G. JACOBS, C. OVEY en R.C.A. WHITE (eds), *European Convention on human rights*, New York, Oxford University Press, 2002, 225; M. PALM-RISSE, o.c., 128; F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 33 (een snellere biologische en psychische ontwikkeling vormt een objectieve grond voor een verschil in behandeling).

<sup>99</sup> V.N.-Vrouwencomité, *General recommendation* nr. 21, § 38; V.N.-Comité voor de Mensenrechten, *General Comment* nr. 28, § 23.

<sup>100</sup> Zie evenwel G. VAN DIJK en P. VAN HOOF (1998), 604 en S.F. WORTMANN, "Mensenrechten en het personen- en familierecht", *N.J.C.M.* 11, afl. 2, 128, die menen dat het recht om te huwen is aangetast als de nationale bepaling van de huwbare leeftijd duidelijk niet

dat in beperkte mate wél het geval voor het Vrouwenverdrag, het VN-verdrag van 1962 en het I.V.B.P.R. Deze vatten vooral de strijd op tegen kinderhuwelijken.

**73.** Een harmonisering van de uiteenlopende nationaalrechtelijke bepalingen inzake huwbare leeftijd wordt voortsnog niet nagestreefd, noch door de V.N., noch door de Raad van Europa<sup>101</sup>.

**74.** Voor zover (impliciet) richtlijnen worden verstrekt, hebben we die mee opgenomen in ons voorstel. *In casu* hebben we ons gesteund op de V.N.-resolutie van 1965, op punt II van de Haagse Aanbeveling inzake Huwelijkstoestemming en op punt 5 Aanbeveling nr. 2 van 8 september 1976 van de Algemene vergadering van de C.I.E.C. om de ondergrens op vijftien jaar te bepalen.

**75.** De bovengrens moet o.i. in het licht van het beginsel van huwelijksvrijheid bepaald worden op de leeftijd waarop het betrokken rechtsstelsel de meerderjarigheid instelt<sup>102</sup>. Steun voor deze opvatting vonden we in het aanvankelijke voorstel van gezinsherenigingsrichtlijn<sup>103</sup>. De inmiddels gestemde Richtlijn laat evenwel toe dat de Lidstaten een hogere minimumleeftijd vaststellen voor gezinshereniging, "met het oog op een betere integratie en teneinde gedwongen huwelijken te voorkomen". Deze motivering is vaag en geeft de Lidstaten *carte blanche*. De enige concrete beperking bestaat erin dat gezinshereniging uiterlijk moet worden toegestaan als beide partners 21 jaar oud zijn<sup>104</sup>.

**76.** Het Vrouwenverdrag, het V.N.-verdrag van 1962, een Resolutie en een Aanbeveling van de Raad van Europa en het I.V.B.P.R. verbieden een verschillende leeftijdsbepaling in hoofde van man en vrouw die niet op gerechtvaardigde gronden steunt. Argumenten als een snellere fysieke en psychische ontwikkeling vormen o.i. geen rechtvaardiging<sup>105</sup>.

### C.5.B. RECHTSVERGELIJKING

**77.** Uit rechtsvergelijkende literatuur<sup>106</sup> blijkt dat de minimumleeftijd in alle door ons geraadpleegde rechtsstelsels is ingevoerd ter bescherming van de partijen,

---

overeenstemt met wat redelijkerwijze onder 'huwbare leeftijd' kan worden verstaan, zowel bij te hoge, als bij te lage bepaling van de leeftijd.

<sup>101</sup> Aanbeveling nr. R (85)2 Ministercomité Raad van Europa 5 februari 1985 betreffende de rechtbescherming tegen de discriminatie gesteund op het geslacht: beveelt enkel een studie door de lidstaten van de leeftijdsbepaling aan, zonder formele druk tot gelijkschakeling.

<sup>102</sup> M. PALM-RISSE, o.c., 124, deelt deze opvatting.

<sup>103</sup> PB. C. 27 augustus 2002, afl. 203 E/136 (COM(2002) 225 final – 1999/0285 (CNS)).

<sup>104</sup> Art. 4.5 Richtlijn.

<sup>105</sup> Zie ook F. JACOBS en R. WHITE (eds), *The european convention on human rights*, Oxford, Clarendon, 1996, 177; M. PALM-RISSE (1990), 128. *Contra*: F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 33; M. NOWAK, 417.

<sup>106</sup> L. PALSSON, *Marriage in comparative conflict of laws: substantive conditions*, Den Haag, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, 388 p.

met het oog op hun mentale en fysieke rijpheid en hun bekwaamheid om een geldige toestemming te geven. Daarnaast spelen ruimere overwegingen van moraliteit en “social expediency” een rol. De verschillen in regelgeving zijn deels religieus tot louter historisch te verklaren en deels vanuit de natuurlijke omstandigheden die de rijpheid bepalen<sup>107</sup>.

**78.** De continentaal-Europese en Scandinavische rechtsstelsels getuigen door hun unilaterale en personele aanpak – eenieder voldoet aan de voorwaarden van zijn eigen personele wet – reeds van meer openheid voor vreemde culturele elementen dan het Engelse recht met zijn bilaterale aanpak. Een vreemdeling die in Engeland met een Engelsman of een Engelse huwt, moet voldoen aan de leeftijdsvereiste naar Engels recht<sup>108</sup>.

### **\* Overwegend een soepele erkenning**

**79.** Binnen de continentaal-Europese rechtsstelsels blijkt de openbare orde zich niet in te laten met personele rechtsstelsels die strenger optreden dan de *lex fori* bij wijze van een hogere huwbare leeftijd of een beperktere dispensatiemogelijkheid. De buitenlandse bepaling wordt zonder meer toegepast<sup>109</sup>. AUDIT nuanceert dit evenwel door erop te wijzen dat de tijdelijke aard van het beletsel aangeeft dat enige soepelheid gerechtvaardigd, meer nog vereist is in het licht van het relatieve belang dat aan het beginsel van de huwbare leeftijd wordt gehecht, los van de vraag naar de vrije toestemming. Vanuit die opvatting zou er openheid groeien om een huwelijksluiting onder soepelere voorwaarden in Frankrijk toe te staan, mits de kandidaten huwelijksbekwaam zijn naar Frans recht en worden verwittigd voor het risico van een hinkend huwelijk en overigens ook van een latere nietigverklaring door een Franse rechter.

**80.** De overwegend liberale houding t.a.v. de leeftijdsvereiste die uit deze beschrijving blijkt<sup>110</sup>, is verrassend gezien het grote verschil in leeftijdsbepaling

<sup>107</sup> L. PALSSON, o.c., 318.

<sup>108</sup> L. PALSSON, o.c., 319.

<sup>109</sup> O.m. Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, o.c., 2001, 365; B. AUDIT, *Droit international privé*, o.c., 2000, 542.

<sup>110</sup> Meerdere Franse rechters hebben evenwel reeds een huwelijksluiting geweigerd toen bleek dat één van de partijen nog niet de leeftijd had bereikt die de *lex fori* als minimale leeftijd vooropstelde. Hierover: H. BATIFFOL, *Droit international privé*, II, Paris, L.G.D.J., 1983, nr. 415 (bevestigt deze tendens om alle grondvoorwaarden tot de openbare orde te rekenen. De mogelijkheid om aan Franse meisjes jonger dan 15 jaar dispensatie te verlenen, houdt volgens hem de verplichting in om zich in dezelfde mate open te stellen voor soepele buitenlandse regelgeving); Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, o.c., 2001, 365. Zie evenwel: TGI Paris 15 maart 1972, *RCDIP* 1973, 509: oordeelde in de lijn van meerdere auteurs om m.b.t. de leeftijd louter te oordelen op grond van de vraag naar de vrije toestemming. Wetten die jongens vanaf de leeftijd van 15 jaar toelaten om te huwen, kunnen worden toegepast.

Bij omzendbrief is de geslachtsrijpheid in Frankrijk alvast als absolute benedengrens bestempeld: IGEC (Instruction générale sur l'état civil) van 11 mei 1999.

Voor enkele voorbeelden van soepelere buitenlandse wetten: er is geen nietigheidssanctie voorzien bij overtreding van de leeftijdsvereiste in de Staten van het voormalige Joegoslavië,

tussen de Staten onderling<sup>111</sup>. Bepaalde Staten staan bovendien geen dispensatie toe<sup>112</sup>. De enige plausibele verklaring is bijgevolg dat wordt erkend dat de oorsprong en het behoud van het onderscheid eerder op historisch toeval berusten dan op een intentioneel verschil in sociale politiek<sup>113</sup>.

**81.** Het enige voorbehoud betreft de strijd tegen de kinderhuwelijken, waarover hieronder meer.

**\* Een nietigverklaring bij forumshopping**

**82.** Amerikaanse vonnissen en arresten die wél besluiten tot de nietigheid van huwelijken die werden aangegaan met overtreding van de leeftijdsvereiste hebben volgens PALSSON als gemeenschappelijk kenmerk dat ze dateren van kort na de huwelijksluiting in de vreemde Staat en de terugkeer van de betrokkenen naar de herkomststaat. Dit bevestigt het vermoeden dat een sterke band tussen de partijen en het *forum* aan de grondslag ligt van een strenge behandeling met het oog op de bestrijding van *forumshopping*. De kans is omgekeerd groot dat de vordering tot nietigverklaring ongegrond wordt verklaard als blijkt dat het koppel reeds gedurende geruime tijd als man en vrouw verblijft in de Staat waarvan de wet is overtreden of als de vraag rijst in het kader van een vordering tot echtscheiding en tot onderhoud van de een tegen de ander<sup>114</sup>.

**83.** Deze beoordelingscriteria lijken ons gerechtvaardigd te zijn. Een systematische erkenning in toepassing van de *lex loci celebrationis* is dat niet, aangezien daarmee ‘ambtenaarshopping’ aangemoedigd wordt, het gaan huwen in de Staat met de meest voordelige regels.

**84.** We zullen in de volgende hoofdstukken meermaals terugkomen op de vaststelling dat veel buitenlandse rechters slechts bij aanwijzing van *forumshopping*, i.e. van een *opzettelijke* ontduiking van het toepasselijke recht, overgaan tot de nietigverklaring van een huwelijk.

**85.** In België en de buurlanden wordt n.a.v. de overtreding van dispenseerbare grondvereisten of van vormvereisten die in nauw verband staan met

---

behalve Kroatië, Macedonië en Bosnië-Herzegovina. In Polen en Bulgarije kan het O.M. de nietigverklaring niet vorderen. In de voormalige socialistische Staten kan het O.M. enkel in Rusland, Hongarije, Tsjechië en Slovakije tussenkomen. Een nietigverklaring kan in o.m. Cuba, Tsjechië, Polen, Roemenië, Slovakije, Montenegro, Slovenië en Macedonië niet langer worden gevorderd zodra de partners beiden meerderjarig zijn. Hetzelfde geldt als de vrouw zwanger is op het ogenblik van de huwelijksluiting, in o.m. Bulgarije, Cuba, Tsjechië, Roemenië, Slovakije en Polen. Hetzelfde geldt naar Bulgaars en Roemeens recht als de vrouw bevallen is alvorens de vordering tot nietigverklaring is ingesteld: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 4.

<sup>111</sup> Zie voor rechtsvergelijking: J. VAN DE VELDE, *Burgerlijke Stand, Internationale Burgerlijke Stand*, Vanden Broele, 1999, losbladig.

<sup>112</sup> Albanië, Bosnië-Herzegovina, China, Indië, Litouwen, Macedonië, Malta, Mauretanië, Oeganda, Panama, Pakistan, Portugal, Saoedi-Arabië, Soedan, Vietnam, Zwitserland: J. VAN DE VELDE, o.c..

<sup>113</sup> L. PALSSON, o.c., 71.

<sup>114</sup> L. PALSSON, o.c., 72.



grondvereisten reeds vaak overgegaan tot dergelijke versoepelde toepassing van de nietigheidssanctie. Slechts als de wet opzettelijk ontdoken werd, wordt het huwelijk nietigverklaard.

86. O.i. kan deze aanpak uit *favor matrimonii* worden uitgebreid tot de beoordeling van elke buitenlandse grondvereiste die niet geldt naar Belgisch recht en waarvan een overtreding door de vingers kan worden gezien. Behoudens in geval van fraude, zou het beletsel kunnen worden beschouwd als een verbiedend beletsel, eenmaal het huwelijk is ontstaan, ook al vormt de overtreding ervan in de buitenlandse rechtsorde een nietigheidsgrond. We gaan hier uitvoerig op in in de hoofdstukken m.b.t. verwantschapsbeletselen en buitenlandse beletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht.

### \* **Besluit**

87. De aangehaalde lectuur wijst uit dat ook in het buitenland soepel, vaak nog soepeler dan naar Belgisch recht, wordt omgegaan met de huwelijksvereiste van de huwbare leeftijd.

88. Behoudens in geval van *forumshopping* wordt in bepaalde Staten de nadruk gelegd op de bestaande gezinsrelatie en het belang om die de gewenste (wederzijdse huwelijkstoestemming<sup>115</sup>) juridische bescherming te verlenen. Daarbij wordt een niet-frauduleuze overtreding van de vereiste wel eens door de vingers gezien.

89. Over het algemeen worden, zoals ook wij voorstellen, de eigen criteria om dispensatie te verlenen gehanteerd om invulling te geven aan de werkingssfeer van de B.I.P.O.O.

## **D. DE INVLOED VAN LEEFTIJDSEBEPALINGEN OP EN IN HET VERBLIJFSRECHT**

90. In de algemene inleiding hebben we erop gewezen dat keuzes binnen het I.P.R. dienen door te werken in de rest van het recht, aangezien de bescherming van gezinsleven door art. 8 E.V.R.M. betrekking heeft op de gezinsbeleving in al zijn facetten, ongeacht of het ouderlijk gezag, verblijf of sociaal recht betreft. Het is dan ook van belang om afwegingen in een bepaald verband steeds te kaderen in het licht van de volledige werkingssfeer die ze zullen dekken.

91. De bepaling van een gerechtvaardigde afgrenzing van de huwbare leeftijd heeft gevolgen voor het verblijfsrecht: wordt een huwelijk van een verblijfhouder en een niet-verblijfhouder in België niet erkend, dan zullen de betrokkenen hun (feitelijk) gezinsleven minder gemakkelijk in België kunnen realiseren. In hoeverre is het aangewezen dat de burgerlijke rechter zijn oordeel door dit besef

<sup>115</sup> Cf. *supra*, Belgische en Nederlandse rechtspraak waarbij soepelheid werd geweigerd in het licht van de strijd tegen schijnhuwelijken.

laat leiden? Of komt het aan de verblijfsadministratie toe om rekening te houden met het hinkend huwelijk om de toelating tot het verblijf voor de betrokkene te versoepelen?

**92.** Het is volgens ons van groot belang om, naar de toekomst toe, de erkenning van een huwelijk binnen het I.P.R. en de toelating tot gezinshereniging op grond van huwelijk op elkaar af te stemmen. Het Belgische gezinsherenigingsrecht lijkt geen rekening te houden met huwelijken beneden 18 jaar. Is dergelijke discrepantie tussen privaatrecht en publiekrecht gerechtvaardigd?

**93.** We gaan in op beide vraagstellingen.

## **D.1. GEVOLGEN VOOR HET VERBLIJFSRECHT VAN EEN NIETIGVERKLARING OF EEN WEIGERING OM HET HUWELIJK IN TE SCHRIJVEN**

### **D.1.A. BESPREKING**

**94.** De nietigverklaring van een buitenlands huwelijk dat reeds geruime tijd geleden in het buitenland is aangegaan of de weigering op grond van de leeftijdsvereiste om het huwelijk te erkennen of in te schrijven, brengt twee risico's met zich mee.

**95.** Enerzijds riskeert het samenleven van de betrokkenen niet te worden erkend als te beschermen gezinsleven in België. Gezinshereniging op grond van huwelijk is dan uitgesloten. De partners kunnen weliswaar de bescherming van art. 8 E.V.R.M. invoeren, maar genieten daarbij alvast niet de lichtere bewijslast voor gehuwden. Daarenboven staan de nog in duur beperkte samenwoning en de lage leeftijd van de betrokkenen een overtuigende bewijsvoering in de weg. Naar Belgisch verblijfsrecht zal de betrokkene vaak<sup>116</sup> slechts een beroep kunnen doen op de verblijfsregeling voor samenwoners. Daartoe is zonder uitzondering vereist dat beide betrokkenen achttien jaar oud zijn en dat de partner die reeds in België verblijft, over voldoende middelen beschikt om de verzoeker gedurende 3, 5 jaar te onderhouden<sup>117</sup>.

**96.** Anderzijds is reeds meermaals aangenomen dat de partners inmiddels niet langer een effectief gezinsleven hadden met hun oorspronkelijke familie. In enkele Nederlandse uitspraken werd een weigering van gezinshereniging bij de oorspronkelijke familie van een minderjarige wiens huwelijk in eerste orde was afgewezen, op die grond verenigbaar bevonden met het E.V.R.M.<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Een nieuw consulaire huwelijk in het buitenland op latere, aanvaardbare leeftijd is niet voor iedereen weggelegd. Pas als het huwelijk door de Zendstaat niet erkend wordt, zal het een nieuwe huwelijksluiting toestaan.

<sup>117</sup> Omz. 30 september 1997.

<sup>118</sup> Hierover: M.R. VAN DER LINDEN en S. VAN WALSUM, "De problematiek van zwarte en migrantenvrouwen", in A.W. HERINGA e.a. (eds), *Het vrouwenverdrag...*, 280; S. RUTTEN, *Muslims in de Nederlandse rechtspraak*, o.c., 166-167. Zie ook m.b.t. andere nietigheidsgronden:

97. Op die manier dreigt de minderjarige vreemdeling wiens vroegtijdige huwelijk niet wordt erkend tussen wal en schip te vallen. Hij kan zijn partner niet vervoegen en verliest na een tijdelijk illegaal verblijf bij zijn partner of na een verblijf in een andere Staat, in afwachting van gezinshereniging, tevens het recht om terug te keren naar de Staat waar zijn ouders verblijven, als hij noch de nationaliteit van die Staat noch een zelfstandig verblijfsrecht bezit.

#### D.1.B. EVALUATIE EN VOORSTEL OM DE VERZACHTINGEN OP DE BELGISCHE NIETIGHEIDSREGELING ALGEMEEN DOORGANG TE LATEN VINDEN

98. Deze risico's voor een discrepantie tussen het rechtens erkende en het werkelijk beleefde gezinsleven zijn het overwegen waard bij elke concrete vraag tot dispensatie en tot erkenning van buitenlandse huwelijken in dit verband.

99. We menen bovendien dat de notie van de openbare orde tevens mede moet worden ingevuld a.h.v. de Belgische nietigheidsbepaling in dit verband. Art. 184 B.W. wijst slechts de partners zelf, het O.M. en personen die een belang bij de nietigverklaring kunnen aantonen, aan als titularissen van het recht om een vordering tot nietigverklaring in te stellen. Art. 185 B.W. beperkt de vorderingstermijn tot zes maanden nadat de betrokkene de leeftijd van meerderjarigheid heeft bereikt<sup>119</sup>. Deze beperking geldt ook indien het echtpaar inmiddels nog niet heeft samengeleefd<sup>120</sup>.

100. Vanaf dat ogenblik moeten dan ook aan het huwelijk dat naar het nationaal recht van de betrokkenen geldig is, ook naar Belgisch recht zowel burgerrechtelijk als verblijfsrechtelijk gevolgen worden verbonden<sup>121</sup>.

101. *Burgerrechtelijk* is dat een logisch gevolg van de toepassing van de *lex fori*. Erkent de nationale wet van de partners het huwelijk, dan kan een vordering tot nietigverklaring in België slechts ingesteld worden in toepassing van Belgisch recht, na opwerping van de B.I.P.O.O.-exceptie tegen de buitenlandse wet.

---

R.v.St. 19 februari 1981, *R.V.* 1981, 52; R.v.St. 6 juli 1982, *R.V.* 1983, 17 (*in casu* ongeldig religieus huwelijk van een Turkse man. Het Turkse recht vereist een huwelijksluiting voor de ambtenaar van de burgerlijke stand).

<sup>119</sup> Zie ook art. 185 Franse C.C., dat de nietigheid eveneens dekt als de vrouw binnen de eerste zes maand van het huwelijk bevallen is. Zie ook art. 31 Nederlands B.W. dat een dispensatie niet vereist acht t.a.v. een meisje van minstens zestien jaar dat zwanger is en art. 74 N.B.W. dat de nietigheid dekt als op het ogenblik dat de vordering wordt ingesteld beide partners reeds meerderjarig zijn of het meisje zwanger is. Zie ook § 1315, 1 Duits B.G.B. dat de nietigheid dekt als het *Familiegericht* achteraf instemt met het huwelijk of als de betrokkene op de meerderjarigheidsleeftijd verklaart het huwelijk te willen voortzetten (hierover: R. KEMPER, Commentaar bij §§ 1306-1308 BGB, in H. DORNER, I. EBERT e.a. (eds), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 1392.

<sup>120</sup> A. KLUYSKENS, o.c., 1942, 252.

<sup>121</sup> I.t.t. o.m. de regeling in het V.K. waar de Engelse Law Commission de voorstellen heeft verworpen om het huwelijk op deze grond slechts vernietigbaar te maken of bepaalde gevolgen toch toe te laten of ze vanaf de meerderjarigheid te vernieuwen: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, "Persons and family IV, chapter 3: Formation of marriage", *I. E. C.L.* 1997, 19.

Wordt verwezen naar de Belgische nietigheidsregeling, dan moeten ook de beperkingen daarvan worden toegepast. In dat licht oordeelde het Antwerpse Hof<sup>122</sup> dat een vordering tot nietigverklaring wegens kinderhuwelijk onontvankelijk was, nu reeds zes maanden waren verstreken sinds de achttiende verjaardag van de gehuwde. Het verbrak daarmee het vonnis tot nietigverklaring dat in eerste aanleg was gewezen.

Ruimer nog menen we dat de Belgische beperkingen op het vorderingsrecht *algemeen* als criterium moeten worden gehanteerd, en niet enkel als de geldigheid van het huwelijk beoordeeld wordt naar Belgisch recht. De relatieve nietigheid naar intern recht van de leeftijdsvereiste heeft in beginsel weliswaar slechts betrekking op het aantal titularissen van een vorderingsrecht en op de vorderingstermijn. Niettemin menen we dat deze inperkingen van het vorderingsrecht aangeven dat de leeftijdsvereiste algemeen slechts een beperkte rol vervult. Zolang de huwelijkstoestemming vrij is en er verder geen nietigheidsgronden rijzen, oordelen meerdere Belgische rechters dan ook terecht dat het huwelijk niet moet worden nietigverklaard<sup>123</sup>. In dat licht zou kunnen worden besloten om een vordering tot nietigverklaring niet langer in overweging te nemen vanaf het ogenblik dat de partners 18 ½ jaar oud zijn, ook al kent hun recht deze beperking inzake vorderingstermijn niet.

Dit voorstel ligt in de lijn van een reeds bestaand ander gebruik van de Belgische rechter om de vreemdeling al te strenge nietigheidsbepalingen te besparen. Het voordeel van een putatief huwelijk is m.n. reeds meermaals toegestaan zonder onderzoek naar de vraag of het toepasselijke buitenlandse recht deze rechtsfiguur kende. Meerdere auteurs hebben hier reeds uit afgeleid dat het voordeel ook zou zijn verleend als dat niet het geval was geweest<sup>124</sup>.

**102.** Dat onze stelling ook *verblijfsrechtelijke implicaties* heeft, vloeit voort uit het feit dat de verblijfsinstanties volgens ons zijn gehouden door de burgerrechtelijke invulling van de notie 'huwelijk'<sup>125</sup>. Slechts expliciete verblijfsvoorwaarden kunnen worden afgedwongen. Naast de samenwoonstcontrole en de voorwaarden inzake geldige binnenkomst<sup>126</sup>,

<sup>122</sup> Antwerpen 2000/AR/910 van 21 november 2000, *onuitg.*

<sup>123</sup> Zie ook voor Duitsland: F. GAMILLSCHEG, *Kommentar* art. 13, nr. 199, 207; voor Engeland: DICEY en MORRIS (1967), 270-272. *Contra*: Franse regelgeving, sinds de Instruction Générale sur l'Etat Civil (*cf. supra*): B. AUDIT (2000), nr. 631. Zie evenwel voorheen soepele Franse standpunten: o.m. J.M. BISSCHOFF, *o.c.*, nr. 64 en 67; H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *o.c.*, II, 39.

<sup>124</sup> Brussel 7 juni 1994, *TBBR* 1995, 377, noot J. ROODHOOFT; Antwerpen AR 1999/AR/3250 van 7 februari 2001, *onuitg.*; Brussel 6 maart 2001, *E.J.* 2001, 140, noot K. JANSEGGERS en J. VERHELLEN; J. ERAUW, *Beginnels van IPR*, 1985, 154; S. VALKENBORGH, "Overzicht van rechtspraak (1994-2001) – De nietigverklaring van het huwelijk", *E.J.* 2002, 64. *Contra*: Antwerpen 28 april 1998, *A.J.T.* 1999-00, 540: "dat er gelet op het voorgaande geen sprake kan zijn van het voordeel van putatief huwelijk in hoofde van appellant en die mogelijkheid overigens naar Marokkaans recht niet bestaat".

<sup>125</sup> Zie ook het advies van de Raad van State bij het voorliggende ontwerp van I.P.R.-codex.

<sup>126</sup> Zie evenwel H.v.J. 25 juli 2002, arrest-MRAX t. België, *aangeh.*, m.b.t. de binnenkomstdocumenten van (familieleden van) E.E.R.-onderdanen.

voldoende bestaansmiddelen en een geschikte gezinswoning, wordt slechts vereist dat de betrokkenen burgerrechtelijk geldig zijn gehuwd. Wordt het huwelijk burgerrechtelijk onaanvechtbaar, dan moet gezinshereniging worden toegestaan<sup>127</sup>. Slechts als de samenwoonstvereiste niet vervuld wordt, kan dat recht worden ingetrokken. Een loutere lage huwelijksleeftijd kan gezinshereniging niet in de weg staan<sup>128</sup>.

De Dienst Vreemdelingenzaken deelde ons mee dat hij jongeren die in beginsel op te jonge leeftijd zijn gehuwd, systematisch tot het verblijf toelaat vanaf de leeftijd van 18 ½ jaar, mits er geen (andere) huwelijksbeletselen zijn én de partners bewijzen een effectief gezinsleven te hebben. Deze laatste voorwaarde figureert niet in art. 185 B.W. en is o.i. niet gerechtvaardigd. Ook al is de regeling inzake gezinshereniging erop gericht slechts *bestaand of volledig nieuw* familielevens te beschermen, art. 10 Vreemdelingenwet stelt een *recht* op verblijf in zodra aan de bij wet genoemde voorwaarden is voldaan. Die voorwaarden verwijzen niet naar een bewijs van effectief gezinsleven. Het volstaat dat de betrokkenen zich *voornemen* om een gezin te vormen. Zoniet, dan zou voorafgaand aan gezinshereniging stelselmatig impliciet woden vereist dat de partner met verblijf in België ofwel tijdelijk naar het buitenland gaat, ofwel de middelen heeft om regelmatig zijn partner op te zoeken. Dat kan niet de bedoeling zijn geweest. De controlebepaling van art. 12 Vreemdelingenwet treedt pas in werking ná binnenkomst.

## D.2. DE LEEFTIJDSEBEPALINGEN VAN HET HUWELIJSRECHT EN HET VERBLIJSRECHT ZIJN NIET OP ELKAAR AFGESTEMD

**103.** We kunnen besluiten dat de aangehaalde rechtspraak de deur opent voor een soepele benadering van buitenlandse leeftijdsbepalingen. In dat opzicht betreuren we dat het gezinsherenigingsrecht de leeftijd van achttien jaar bepaalt als ondergrens voor het recht van een derdelander om zijn of haar echtgenoot te laten overkomen. Ook als het huwelijk op jongere leeftijd wél erkend wordt, al dan niet na dekking van de nietigheid van het huwelijk dat is aangegaan in strijd met de opvattingen van de buitenlandse of Belgische wetgever, ontstaat ingevolge art. 10, eerste lid, 4° Vreemdelingenwet evenwel slechts een recht op gezinshereniging mits beide partners achttien jaar oud zijn. Elke persoon die de gezinshereniging aanvraagt, moet ter controle een gelegaliseerde geboorteakte voorleggen.

**104.** Betreft het een huwelijk in het kader van artikel 10, eerste lid, 1° Vreemdelingenwet, dan wordt de leeftijd voor gezinshereniging bepaald a.h.v. de huwbare leeftijd naar de nationale wet van de betrokkene en kan een weigering

<sup>127</sup> Bij gebrek aan voldoende bestaansmiddelen dient o.i. systematisch een machtiging tot het verblijf te worden verstrekt, cf. *supra*, deel 2B.

<sup>128</sup> Zie ook voor het sociaal recht: o.m. Rb. Brussel 8 augustus 1988, *J.L.M.B.* 1989, 1139: de huwelijksakte is authentiek en kan slechts vernietigd worden door een rechterlijke beslissing. Het O.C.M.W. mag de geldingskracht ervan niet betwisten naar aanleiding van de vaststelling van het bestaansminimum.

slechts steunen op de openbare orde.

**105.** Daarbuiten kan slechts een beroep worden gedaan op de regeling van art. 9 Vreemdelingenwet, het verzoek tot een (discretionaire) machtiging tot verblijf. Een arrest van het Brusselse Hof tot nietigverklaring van een schijnhuwelijk wijst incidenteel uit dat de Dienst Vreemdelingenzaken tot dergelijke machtigingen overgaat<sup>129</sup>. *In casu* was de bruid zestien jaar oud. De echtgenoot was anderhalf jaar later bij haar in België komen wonen, *i.e.* nog voor de echtgenote achttien jaar oud was. Uit deze verblijfssituatie kunnen we afleiden dat vermoedelijk een machtiging tot het verblijf verleend op grond van art. 9 Vreemdelingenwet, aangezien art. 10 Vreemdelingenwet vooralsnog geen recht op gezinshereniging verleende.

**106.** Aan gezinshereniging bij een Belgische of E.E.R.-huwelijkspartner is slechts de voorwaarde verbonden dat eenieder voldoet aan zijn personele wet. De Belgische echtgenoot bv. moet de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt of een dispensatie hebben verkregen. Een huwelijk in het buitenland in overtreding van die voorwaarde zal slechts aanleiding kunnen geven tot gezinshereniging mits het huwelijk nog bestaat op de leeftijd van 18 ½ jaar (*cf. supra*). De Dienst Vreemdelingenzaken werpt strijdigheid met de openbare orde wegens kinderhuwelijk op bij alle huwelijken beneden vijftien jaar<sup>130</sup>.

**107.** De Dienst Vreemdelingenzaken blijft overigens zonder uitzondering het beginsel van de nationaliteitsaanknopning toepassen. Is de personele wet van de buitenlandse partner overtreden, dan wordt de sanctie van dat recht toegepast. Kent dat recht geen mogelijkheid om de nietigheid te dekken, dan is gezinshereniging ook zes maanden na het bereiken van de meerderjarigheid niet mogelijk. Staat er geen sanctie op de overtreding, dan kan het huwelijk gevolgen hebben en vanaf de leeftijd van achttien jaar aanleiding geven tot gezinshereniging<sup>131</sup>.

**108.** Eenzelfde verblijfsrechtelijke beperking voor jonggehuwden geldt naar Nederlands recht.

**109.** Naar Duits recht is weliswaar geen leeftijdsbeperking ingesteld, maar wordt het recht op gezinshereniging voor de huwelijkspartner van een derdelander-eerstegeneratiemigrant via andere beperkingen beknot. Eerstegeneratiemigranten die nog geen recht op vestiging genieten, kunnen zich slechts laten vervoegen door hun partner indien het huwelijk dateert van vóór hun eigen binnenkomst en ze reeds bij hun eerste eigen verblijfsaanvraag op het bestaan van dat huwelijk hebben gewezen<sup>132</sup>. Pas vanaf de vestiging gaat een veralgemeend recht op gezinshereniging in, ongeacht wanneer de gezinsband

<sup>129</sup> Brussel 17 oktober 1995, A.J.T. 1995-96, 291.

<sup>130</sup> Brief d.d. 25 februari 2002 van de Dienst Vreemdelingenzaken, H. VERCRUYSSSE en M. MAES, als antwoord op onze vragenlijst.

<sup>131</sup> Brief d.d. 25 februari 2002 van de Dienst Vreemdelingenzaken.

<sup>132</sup> § 18 Ausländergesetz.

ontstaat. Vele vreemdelingen zullen bijgevolg een wachttermijn moeten doorlopen en vallen onder een strengere regeling dan in België.

De tweedegeneratievreemdeling-gezinshereniger uit een derde land, met recht op verblijf van onbepaalde duur kan zijn huwelijkspartner naar Duitsland laten overkomen, mits hijzelf meerderjarig is. Zijn vijftienjarige Marokkaanse vrouw bv. kan hem vervoegen. Deze regeling is in theorie weliswaar soepeler, maar blijkt strenger dan de Belgische praktijk, waarbij steeds een machtiging tot gezinshereniging wordt verleend (eventueel na rechterlijke tussenkomst) eens het huwelijk burgerrechtelijk geldig blijkt. Ook de Duitse verblijfsregeling voorziet weliswaar in een verblijfsmachtiging in het licht van het recht op bescherming van het gezinsleven, maar vereist daarbij – i.t.t. de Belgische Dienst Vreemdelingenzaken – hetzij het bewijs dat de betrokkenen over voldoende bestaansmiddelen en een geschikte woning beschikken<sup>133</sup>, hetzij het bestaan van humanitaire redenen of een politiek belang voor Duitsland om het verblijf op te steunen<sup>134</sup>.

De Duitse wetgever wilde met de regeling voor eerstegeneratiemigranten voorkomen dat het huwelijk door een persoon die zélf nog geen sterk verblijfsstatuut heeft, zou worden aangewend als loutere grondslag voor een *recht* op verblijf. De vereiste dat het bestaan van een huwelijk reeds vóór de eigen binnenkomst wordt 'aangegeven', is er vermoedelijk op gericht om te beletten dat een persoon op grond van zijn gezinsleven met een verblijfhouder in Duitsland tot het verblijf zou worden toegelaten, terwijl later blijkt dat hij een sterker familieleven heeft in het buitenland en de gezinshereniging is toegestaan in een situatie die eigenlijk de perken van de huidige bescherming van art. 8 en 12 E.V.R.M., zoals geïnterpreteerd door het Hof voor de Mensenrechten (*elsewhere approach*: ter bescherming van het gezinsleven moet slechts een verblijfsrecht worden verleend als niet blijkt dat de betrokkenen elders terecht kunnen), te buiten gaat.

Het is evenwel de vraag of deze voorwaarde redelijk is: stelt de eerstegeneratiemigrant de samenwoning uit tot hij zijn vestigingstitel verwerft, dan overtreedt hij een huwelijksplicht. Bovendien keert na afloop van die 'wachttermijn' de ontstentenis van feitelijk gezinsleven zich mogelijk tegen een gezinshereniging. Gaat hij in het buitenland bij zijn partner wonen, dan is de kans klein dat hij nadien nog voldoet aan de voorwaarden om een recht op vestiging te verwerven. De *elsewhere approach* wordt overigens steeds meer in vraag gesteld als het erop aankomt de situatie van verblijfhouders te beoordelen. Is het gerechtvaardigd om een persoon die recht heeft op verblijf te verplichten tot een keuze voor hetzij voortzetting van dat verblijf, hetzij voortzetting van zijn huwelijk? Strookt een *connections approach*, waarbij het verzoek tot gezinshereniging zou worden beoordeeld a.h.v. de vraag of de kandidaat-

---

<sup>133</sup> § 29 AuslG.

<sup>134</sup> § 31 AuslG. Het is van geen belang of al dan niet voorafgaandelijk een asielverzoek reeds definitief is afgewezen.

rechtgevende al dan niet nauwe banden heeft met de aangezochte Staat, niet beter met de doelstelling om elk oprecht huwelijk te eerbiedigen?

In het licht van de nieuwe Richtlijn menen we dat de huidige Duitse regeling niet kan worden aangehouden. Ze zal minstens moeten worden geherformuleerd in een wachttermijn van twee jaar, of hoogstens drie jaar “als de wetgeving op het ogenblik van de aanname van de richtlijn rekening houdt met zijn opnamecapaciteit” (cf. *infra*, hoofdstuk 2, meer over de wachttijd).

110. Naar Frans recht wordt slechts vereist dat het huwelijk geldig is gesloten<sup>135</sup>. Een leeftijdsgrens is niet bepaald.

## **E. DE DOORWERKING VAN HET PRIVAATRECHT IN HET PUBLIEKRECHT: DE VERBONDENHEID VAN DE PROBLEMATIEK MET DE BEPALING VAN DE ALGEMENE BURGERLIJKE MEERDERJARIGHEID**

111. Bij de beoordeling van huwelijken op lagere leeftijd moet rekening worden gehouden met meer dan alleen de burgerrechtelijke gevolgen. Onze bespreking hierboven van de implicaties voor het verblijfsrecht waren hiervan reeds een illustratie. Ook de gevolgen voor bepaalde andere takken van het publiekrecht verdienen evenwel aandacht.

112. Wordt aan het huwelijk door de personele wet van de betrokkene<sup>136</sup> een vervroegde ontvoogding verbonden, dan worden de jonggehuwden *de facto* als meerderjarig beschouwd. Dat impliceert dat ze niet langer schoolplichtig zijn en dat ze toegang genieten tot de arbeidsmarkt en tot de werkloosheidsregeling<sup>137</sup>. Deze regelingen stellen m.n. geen minimumleeftijd, maar de meerderjarigheid als criterium voorop.

113. Het feit dat ook het Belgische recht minderjarigen ontvoogdt zodra ze zijn gehuwd, wijst uit dat de rechter zich niet tegen deze verstrekkende gevolgen zal verzetten. Het Hof van Cassatie heeft dat in 1991 nog uitgewezen m.b.t. de leerplicht<sup>138</sup> in een arrest dat door meerdere auteurs onverenigbaar is bevonden

<sup>135</sup> Resp. art. 3.14 a Nederlands Vreemdelingenbesluit, § 18 Duits Ausländergesetz en art. 5-I, 15 en 25 Franse Ord. van 1945. Hierover o.m. M. VAN DER LINDE, “De betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind voor migrantenkinderen”, *Migrantenrecht* 1995, 107-108.

<sup>136</sup> De meerderjarigheid wordt bepaald in toepassing van de nationale wet: Brussel 23 mei 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1475; Cass. 25 november 1991, *Bull.* 1992, nr. 3-4, 224, *Rev. dr. étr.* 1993, 317, noot M.-CL. FOLETS; Bergen 7 februari 1995, *J.D.J.* 1995, 471, noot. Het betreft in heel Europa, behalve in het V.K., een distributieve verwijzingsregel: L. PALSSON, o.c., 319 en 112, noot 361. Zie voor rechtsvergelijking inzake de leeftijd van meerderjarigheid: *Gedr. St. Kamer* 1988-89, nr. 42/3, 13; Oranjeboek Vanden Broele, *Internationaal privaatrecht*.

<sup>137</sup> Art. 1 Wet 29 juni 1983; art. 30 en 36 Werkloosheidsbesluit 25 november 1991; art. 6 Arbeidswet die alle verwijzen naar de niet-toepasselijkheid op minderjarigen beneden 15 jaar of die nog onderworpen zijn aan de voltijdse leerplicht.

<sup>138</sup> Cass. 25 november 1991, *T. Vreemd.* 1993, 169, noot M.-CL. FOLETS (bevestigt Arbh. Luik



met het streefdoel van gelijke behandeling inzake o.m. onderwijs en sociale rechten<sup>139</sup>. We stemmen in met deze kritiek.

**114.** Brengen privaatrechtelijke situaties ongewenste publiekrechtelijke gevolgen met zich mee, zoals ontvoogding door huwelijk en beëindiging van de leerplicht n.a.v. de vervroegde meerderjarigheid, dan moet daar een correctie op worden gemaakt, best in de betreffende publiekrechtelijke regelingen. De wisselwerking van het publiekrecht en het privaatrecht kan niet langer worden weggedacht<sup>140</sup>. Ongewenste doorwerkingen van het privaatrecht in het publiekrecht worden beter voorkomen door bv. de verschillende meerderjarigheidsnoties van elkaar los te koppelen. Dit geldt evenzeer t.a.v. Belgen als t.a.v. vreemdelingen. De vaststelling dat de meerderjarigheidleeftijd overal ter wereld op minstens 18 jaar is bepaald en dat jongeren tot die leeftijd m.a.w. overal nog als ten laste en onzelfstandig worden beschouwd, sterkt ons in die overtuiging.

**115.** We stellen ons overigens de vraag of de notie 'meerderjarigheid' in de betreffende regelgevingen t.a.v. vreemdelingen niet naar Belgische normen moet worden ingevuld op achttien jaar<sup>141</sup>. De arbeidsrechtbank van Brussel<sup>142</sup> oordeelde in die zin dat slechts de staat en bekwaamheid van vreemde onderdanen wordt geregeld door hun nationale wet. Aangezien de leerplicht als dusdanig geen betrekking heeft op de staat of de bekwaamheid van personen en zowel de Wet van 29 juni 1983 betreffende de leerplicht als de Arbeidswet wetten van politie en veiligheid zijn, blijft de buitenlandse meerderjarige die de volle leeftijd van 18 jaar niet heeft bereikt, onderworpen aan de leerplicht tot 18 jaar.

**116.** Voor het nationaliteitsrecht bv. is alvast bepaald dat het begrip meerderjarigheid t.a.v. vreemdelingen wordt ingevuld naar Belgisch intern recht<sup>143</sup>. *A fortiori* kan o.i. eenzelfde interpretatie gelden voor publiekrechtelijke bepalingen die minder nauw betrekking hebben op de staat van de persoon<sup>144</sup>.

---

4 mei 1990, *T.S.R.* 1991, 359).

<sup>139</sup> O.m. M.-CL. FOLETS, "Emancipatie van jonge migrantenvrouwen: is de verlengde leerplicht een maat voor niets geweest?", (noot onder Cass. 25 november 1991), *T. Vreemd.* 1993, 169, die betoogt dat er geen gelijke behandeling is zolang de wetgever de leerplicht niet op achttien jaar bepaalt i.p.v. op de vagere meerderjarigheidsgrens.

<sup>140</sup> Getuige hiervan het kwaliteitswerk X., *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire Cyclus Willy Delva*, Gent, Mys en Breesch, 1996.

<sup>141</sup> We maken hier abstractie van de zopas bekritiseerde gevolgen van ontvoogding door huwelijk en beperken ons ertoe de opportuniteit na te gaan van een doorwerking van de meerderjarigheidsgrenzen van de verschillende rechtsordes in het Belgische publiekrecht.

<sup>142</sup> Arrbr. Brussel 9 september 1991, *KIDS* III, 3.3.3, 4.

<sup>143</sup> Omz. 4 maart 1982 betreffende de toepassing van de wetten op de nationaliteit op vreemdelingen die volgens hun persoonlijk statuut meerderjarig worden vóór de leeftijd van 21 jaar, *B.S.* 17 maart 1982.

<sup>144</sup> Zie bv. reeds Voorstel van wet met betrekking tot de niet-vergezeldde asielzoekers beneden de achttien jaar, *Parl. St. Kamer* 1999, B.Z. 20 september 1999, nr. 102/1, 10, dat suggereert om onder 'niet-begeleide minderjarige' vreemdelingen te verstaan die voldoen aan de omschrijving en nog geen achttien jaar oude zijn. Er wordt expliciet voor geopteerd geen rekening te houden met de nationale meerderjarigheid, ook niet als die op jongere leeftijd is bepaald. de indieners geven toe dat het voorstel in strijd is met art. 3 B.W., maar verwijzen naar een gelijke

117. In samenlezing met een uitspraak van de Gentse Raadkamer waarbij een vreemdeling die naar Belgisch recht meerderjarig, maar naar eigen recht nog minderjarig was, m.b.t. zijn verblijf nog als een minderjarige werd behandeld, kunnen we mogelijk besluiten dat het belang van het kind centraal staat. *In casu* had de uitspraak tot gevolg dat de jongere geen bevel kon worden afgeleverd om het grondgebied te verlaten<sup>145</sup>. De hoogste meerderjarigheidsleeftijd werd toegepast.

118. In beginsel worden publiekrechtelijke materies evenwel best a.h.v. intern recht geregeld. Vooralsnog biedt het mechanisme van de *renvoi* in de eerste graad (terugwijzing) de mogelijkheid om een ongelijke behandeling te corrigeren, zoals in de hierboven besproken zaak<sup>146</sup>. De *renvoi*-techniek dient evenwel niet de internationale beslissingsharmonie. Ze biedt slechts een correctie t.b.v. vreemdelingen van wie het I.P.R. verwijst naar de *lex domicilii* of de *lex celebrationis*<sup>147</sup>.

## F. BESLUIT

119. De internrechtelijke evolutie naar gelijke behandeling van man en vrouw inzake huwbare leeftijd laat weinig predicties toe in functie van het beleid t.a.v. vreemdelingen. De internrechtelijke gelijkschakeling verliep immers geruisloos. Het is evenwel goed denkbaar dat een buitenlandse man die wil huwen op een leeftijd waar zijn personele wet dat slechts aan vrouwen toelaat, het gelijkheidsbeginsel met succes zal invoeren<sup>148</sup>.

120. De interne rechtspraak betreffende dispensatieverlening geeft aan dat er bij de beoordeling ruimte is voor cultuureigen aspecten.

121. Daarnaast speelt zowel in België als in vele andere Staten de *favor matrimonii* een gunstige rol bij de toepassing van soepel buitenlands recht. Specifieke Verdragsbepalingen stellen weliswaar noodzakelijke beperkingen. Een internationaalrechtelijke harmonisatie lijkt evenwel vooralsnog geen prioriteit te vormen.

---

leeftijdsbepaling door het U.N.H.C.R.

<sup>145</sup> Rk. Gent 22 december 1993, *T. Vreemd.* 1994, 60.

<sup>146</sup> Een Nigeriaan is naar Nigeriaans recht meerderjarig op de leeftijd van 21 jaar. Internationaal privaatrechtelijk wordt evenwel verwezen naar de domicilie. Is die gesitueerd in België en betreft het geschil een materie waar de *renvoi* wordt aanvaard, bv. m.b.t. een bevel om het grondgebied te verlaten (Rk. Gent 22 december 1993, *T.G.R.* 1994, 106, noot K. LAMBEIN; zie ook R. VANDER ELST, *Droit international privé, Rép. Not.*, vol. XIV, Brussel, Larcier, 1977, 61), dan wordt het verschil in behandeling tussen Belgen en de betrokken vreemdeling bijgevolg opgeheven.

<sup>147</sup> Dat laatste mits het huwelijk is aangegaan in de Staat van het *forum*.

<sup>148</sup> Zie ook de suggestie van B. AUDIT, *Droit international privé, o.c.*, 2000, 542, dat de Franse regeling discriminatoir is, zeker als de betrokkene geslachtsrijp en mentaal rijp blijkt te zijn.

**122.** We menen dan ook dat huwelijken die in het buitenland rechtsgeldig zijn aangegaan best slechts op verzet stuiten bij vermoeden van kinderhuwelijk. Praktisch komt dat erop neer dat de huwelijken niet zullen worden erkend als ze zijn aangegaan voor de leeftijd van vijftien jaar, mits de betrokkenen inmiddels nog geen 18 ½ jaar oud zijn.

**123.** Is het huwelijk aangegaan in overtreding van de betrokken personele wet(ten), dan kan het evenmin rechtsgevolgen ressorteren in België<sup>149</sup>. Het is daarbij van geen belang of de betrokkenen onder gelijkaardige omstandigheden wel rechtsgeldig hadden kunnen huwen in België. Kunnen ze dat, dan moeten ze een nieuw huwelijk laten voltrekken door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Licht het enige gebrek evenwel bij de leeftijd, dan menen we dat de nietigheid best kan worden gedekt vanaf de leeftijd van 18 ½ jaar, ook als het buitenlandse recht dergelijke afzwakking van de nietigheidssanctie niet mogelijk maakt.

**124.** Dit voorstel tot afzwakking van een strenge sanctie naar buitenlands recht tot de Belgische normen ter zake, is een variant op ons voorstel om steeds meer aan te sluiten bij Belgisch recht.

**125.** We behouden het voorstel om een onderscheid te maken op grond van de verblijfspositie. Zij die nog geen stabiel verblijf genieten kunnen o.i. nog een beroep doen op hun *lex patriae*. Ook in dat geval menen we evenwel dat de nietigheidssanctie, áls die strenger zou zijn geformuleerd dan naar Belgisch recht, in een afgezwakte versie kan worden toegepast: we stellen voor om ze slechts in geval van fraude uit te spreken. Bij incidentele overtreding van de vereiste zou voorrang kunnen worden verleend aan het belang om bestaand gezinsleven te beschermen. Het huwelijksbeletsel zou kunnen worden gehewaardeerd tot verbiedend beletsel.

**126.** Samengevat zou een huwelijk in België tussen twee verblijfhouders reeds kunnen plaatsvinden tussen de leeftijd van vijftien en achttien jaar, hetzij mits de betrokkene nog geen stabiele verblijfspositie heeft en voor de verdere toepassing van zijn *lex patriae* (die een huwelijk op jongere leeftijd toelaat) heeft geopteerd, hetzij mits de Belgische rechter dispensatie van de leeftijdsvereiste heeft verleend.

Een huwelijk op jongere leeftijd zou niet in België kunnen worden aangegaan, noch erkend<sup>150</sup>. Wél is het aangewezen om ervoor te opteren dat bij

<sup>149</sup> Zie bv. Rb. Brugge 3 november 1965, *R.W.* 1966-67, 1339: vernietiging van het clandestiene huwelijk van Belgische minderjarigen in Gretna-Green. De betrokkenen hadden hun huwelijk bij hun terugkeer in België laten registreren en waren daarna een kerkelijk huwelijk aangegaan. Wél werd hen het voordeel van putatief huwelijk verleend.

<sup>150</sup> Een eventuele bereidheid om in België een huwelijk te erkennen dat in het buitenland is aangegaan op jongere leeftijd dan vijftien jaar, vanaf het ogenblik dat beide partners vijftien jaar oud zijn (en in beginsel in België kunnen huwen, naar ons voorstel om de buitenlandse bepaling inzake huwbare leeftijd toe te passen, mits ze een huwelijk toelaat op een leeftijd waarop naar Belgisch recht dispensatie kan worden verleend), is o.i. niet aangewezen. Ze houdt een te groot risico in op bestendiging van een situatie van huwelijksdwang. Zolang de partners minderjarig

zwangerschap beide partners in België kunnen blijven wonen tot ze in de mogelijkheid zijn om een huwelijk aan te gaan.

**127.** We stonden ten slotte stil bij de gevolgen van de keuze binnen het I.P.R. voor het verblijfsrecht en andere takken van het publiekrecht en wezen daarbij op het belang van een onderlinge afstemming van de bepalingen.

Het is o.i. aangewezen om aan jonggehuwden tussen de leeftijd van vijftien en achttien jaar een machtiging tot verblijf te verstrekken, telkens als het huwelijk burgerrechtelijk erkenbaar is. De systematiciteit van deze machtiging zou tot eenzelfde resultaat leiden als de inschrijving van een recht op gezinshereniging. Een uitbreiding van art. 10 Vreemdelingenwet lijkt ons aanbevolen.

De bepalingen van het gezinsherenigingsrecht impliceren dat de partner die reeds verblijf houdt alvast achttien jaar oud moet zijn. We sluiten ons bij deze vereiste aan, aangezien het van belang is om per gezin minstens één potentiële broodwinner te hebben. Minstens één partner dient daarom achttien jaar oud te zijn.

Er kan volgens ons m.a.w. soepel worden omgegaan met soepelere buitenlandse bepalingen inzake huwbare leeftijd, mits geen sprake is van een kinderhuwelijk en alle betrokkenen met het huwelijk instemmen. Dat strenger geoordeeld moet worden als bij de huwelijkssluiting (tevens) de vereiste van een ouderlijke instemming is overtreden, zal in het volgende hoofdstuk blijken.

---

zijn, is het onvoldoende zeker dat ze vrij hebben gekozen voor het huwelijk. Wordt men reeds op heel jonge leeftijd in een huwelijk gedwongen, dan is het risico op dwang o.i. met name groter dan bij huwelijk na de leeftijd van vijftien jaar. Eenmaal dwang uitgeoefend is, is het niet eenvoudig om zich ervan te bevrijden, zeker niet zolang men minderjarig en afhankelijk is.

## HOOFDSTUK 2. DE TOESTEMMINGSVEREISTE

### A. DE HUWELIJKSVEREISTE VAN INSTEMMING DOOR DE OUDERS MET HET HUWELIJK

1. Zoals we ook deden voor de leeftijdsvereiste, hanteren we een dubbele démarche voor de studie van de wijze waarop ons recht omgaat met buitenlandse huwelijkswetten die de voorwaarde stellen dat naast de huwelijkskandidaten ook andere personen met het huwelijk instemmen: we bekijken eerst de evolutie die ons interne recht de afgelopen jaren heeft doorgemaakt. We staan stil bij de vroegere vormen van ongelijke behandeling in dit verband, de rechtvaardiging die daaraan werd gegeven en de geleidelijke evolutie naar een gelijke behandeling en naar ontvoogding van eerst de meerderjarige, vervolgens ook in grote mate de minderjarige huwelijkskandidaat.

2. Een overzicht van deze evolutie moet ons naar ons oordeel aanzetten om soms mild te oordelen over de toepasbaarheid van buitenlandse rechtsbepalingen die ter zake wél nog bevoogdende maatregelen hanteren.

Dit zal ons evenwel niet beletten om ook in het I.P.R. het belang van een volledig vrije toestemming van meerderjarigen en van overwegende aandacht voor het belang van de minderjarige centraal te stellen.

#### A.1. DE OUDERLIJKE INSTEMMING NAAR BELGISCH INTERN RECHT

##### A.1.A. INSTEMMING VAN DE OUDERS MET HET HUWELIJK VAN HUN MEERDERJARIGE KIND

*"Pour être majeur, l'enfant n'est pas à l'abri de l'égarement du coeur et de l'entraînement des passions! Son sort n'a pas cessé d'intéresser ses ascendants"*<sup>1</sup>

**\* Enkele bedenkingen bij de vroegere regeling, in het licht van de beoordeling van gelijkaardige vereisten naar huidig buitenlands recht**

3. In de loop van de twintigste eeuw werd stap voor stap de weg geëffend voor een volledige ontvoogding van meerderjarigen, ook inzake huwelijk. Vandaag volstaat de loutere toestemming van de meerderjarige huwelijkskandidaat. Een vereiste van voorafgaande tussenkomst door derden wordt nog slechts uitzonderlijk gesteld, t.a.v. personen met een bijzondere hoedanigheid (zie C.2.). Daarbuiten staat voor derden slechts verzet open tegen het huwelijk<sup>2</sup>.

Het feit dat een toestemming in hoofde van de meerderjarige huwelijkskandidaat

<sup>1</sup> M.F.A. VAZEILLE, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, I, Paris, 1825, 174.

<sup>2</sup> Art. 173 B.W.

vandaag volstaat om een rechtsgeldig huwelijk aan te gaan, wordt als vanzelfsprekend ervaren. Nochtans werd de huidige ontvoogding van ouderlijke inmenging pas in 1983 gerealiseerd<sup>3</sup>. Alle andere West-Europese landen waren België daar reeds in voorafgegaan<sup>4</sup>. Frankrijk, Zwitserland, Italië, Duitsland, Engeland en vele Oost-Europese landen reeds vóór 1950<sup>5</sup>, Luxemburg in 1967 en Nederland in 1970.

4. De 'levensloop' van de voormalige Belgische instemmingsvereiste t.a.v. meerderjarige huwelijkskandidaten is vanuit twee oogpunten interessant. De vroegere regeling is opvallend laat en tevens geruisloos afgeschaft. Ze stelde overigens een ongelijke behandeling in.

5. De afschaffing van de vereiste was het resultaat van een langzame ontvoogdingsstrijd van de meerderjarige in dit verband.

Tot 1983 waren meerderjarige huwelijkskandidaten met weigerachtige ouders – vanaf 1953 nog slechts de meerderjarigen tot 25 jaar –verplicht om hun ouders hun huwelijksplannen te betekenen<sup>6</sup>. Dat gebeurde in de vorm van een akte van eerbied. De ouders beschikten vervolgens over vijftien dagen om verzet aan te tekenen tegen het voorgenomen huwelijk.

6. Deze vereiste gaf de ouders geen onbeperkte macht. Ze beschikten eerder over een recht om zich gerechtelijk tegen het huwelijk te verzetten, een negatief recht dus, dan over een positief instemmingsrecht. Niettemin gaf de regeling hen een sterk moreel wapen bij de keuze door hun kind van een huwelijkspartner. Hun mogelijke verzet diende niet te steunen op wettige huwelijksbeletselen. Het kon berusten op louter morele overwegingen en moest niet worden gemotiveerd.

7. Dat betekende weliswaar niet dat de rechter het standpunt van de ouders steeds volgde. Hij oordeelde in het belang van het kind. Niettemin bleek de ouderlijke macht in dit verband groter dan een hedendaagse interpretatie van de instemmingsvereiste en de notie 'belang van het kind' laat uitschijnen.

---

<sup>3</sup> Wet van 15 januari 1983 houdende de afschaffing van de uitdrukkelijke akte van eerbied, *B.S.* 25 januari 1983. Hierover P. SENAËVE, "De akte van eerbied opgeheven: de wet van 15 januari 1983", *R.W.* 1982-83, 1881-1885.

<sup>4</sup> Zie o.m. L. PALSSON (1974), nr. 30.

<sup>5</sup> Nederland behield nog enkele jaren de vereiste voor alle jongeren onder de dertig jaar.

<sup>6</sup> Tot 1953 dienden alle huwelijkskandidaten een instemming van de ouders met het huwelijk te verkrijgen, ook nog nadat ze de leeftijd van huwbare meerderjarigheid hadden bereikt, dit was voor jongens op 25 jaar en voor meisjes op 21 jaar. Een betekening van een akte van eerbied aan de ouders volstond overigens niet voor jongens van 25 tot 30 jaar en meisjes van 21 tot 25 jaar. Tot de wet van 16 augustus 1887 moesten zij tevens de instemming van de grootouders langs beide zijden krijgen. Er werden m.a.w. drie akten van eerbied betekend. Huwelijkskandidaten, ouder dan 25 resp. 30 jaar konden reeds onder de Code Napoléon genoeg nemen met de betekening van één enkele akte en met een wachttijd van één maand (M.F.A. VAZEILLE, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, I, 1825, Paris, 174). Deze soepelere regeling werd later veralgemeend.

8. In 1953<sup>7</sup> werd de bevoogding o.i.v. de negatieve instemmingsvereiste beperkt tot de meerderjarigen jonger dan 25 jaar<sup>8</sup>. In 1983 werd de vereiste, zoals gezegd, volledig afgeschaft.

9. Met de Wet van 1990<sup>9</sup> werd de huwbare meerderjarigheid van 21 jaar afgestemd op de nieuwe leeftijd van algemene meerderjarigheid, m.n. 18 jaar<sup>10</sup>. De parlementaire documenten geven evenwel aan dat hierover niet echt principieel is nagedacht. Op geen enkel ogenblik rees de bedenking dat het behoud van de plicht tot de leeftijd van 20 jaar een feitelijke stap achteruit zou betekenen voor de emancipatie van de meerderjarige.

10. Deze vaststelling doet de bedenking rijzen dat de wetswijziging van 1983 niet zozeer was ingegeven door emancipatorische doelstellingen als men op het eerste gezicht zou denken. Ze moet o.i. voor een groot deel worden gerelativeerd met het oog op de toen nog hoge meerderjarigheidsgrens.

11. Nog geen twintig jaar later kijken we op van rechtsstelsels die de huwelijksluiting van meerderjarigen onderwerpen aan de vereiste dat een ouder of persoon die voor hen instaat (huwelijksvoogd) instemt met het huwelijk. Biedt een mogelijk verschillende invulling van de vroegere Belgische instemmingsvereiste en de huidige vereiste naar buitenlands recht misschien een verklaring voor onze terughoudendheid? Vanuit deze vraagstelling vatten we kort samen wat de vroegere instemmingsvereiste naar Belgisch recht precies inhield.

12. Centraal in de rechterlijke beoordeling van het ouderlijke verzet stond een onderzoek naar de vermoedelijke stabiliteit van het voorgenomen huwelijk en daarmee samenhangend de verstandhouding tussen de toekomstige echtgenoten<sup>11</sup>. De rechter oordeelde daarbij op grond van het criterium van het belang van de betrokken partners of minstens één van hen<sup>12</sup>. Verzet dat alleen steunde op redenen van opportuniteit, werd opgeheven<sup>13</sup>. De ouders beschikten m.a.w. niet over een discretionaire weigeringsbevoegdheid<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Wet van 14 juli 1953, *B.S.* 30 juli 1953.

<sup>8</sup> H. DE PAGE, o.c., 1962, 746; W. DELVA, o.c., 1965, 97.

<sup>9</sup> Art. 9 wet 19 januari 1990, *B.S.* 30 januari 1990.

<sup>10</sup> *Gedr. St. Kamer* 1988-89, nr. 42/3, 10-11. Hieraan ging evenwel een grote discussie vooraf waarbij aanvankelijk o.m. werd gesuggereerd om de instemmingsplicht te behouden tot 20 jaar: Voorstel van wet tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar, Toelichting, *Gedr. St. Kamer* B.Z. 1988, nr. 42/1, 6 en 8 (art. 2 voorstel) en voorstel nr. 192/1 tot wijziging van het burgerlijk wetboek ten einde de leeftijd van de burgerlijke meerderjarigheid tot achttien jaar te verlagen, 3 en 5 (art. 3 voorstel). Zie ook eerder: wetsontwerp Vanderpoorten, *Gedr. St. Senaat* 1974-75, nr. 673-1, Memorie van toelichting, 5-6 en 17 (art. 8 voorstel).

<sup>11</sup> Rb. Kortrijk 18 november 1955, *R.W.* 1955-56, 1923.

<sup>12</sup> H. DE PAGE, o.c., 1962, 734 en 745.

<sup>13</sup> Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2915, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 31: het laten doorgaan van het huwelijk ondanks verzet ouders krachtens 152, lid 2 B.W. (na akte van eerbied) gaf geen aanleiding tot nietigverklaring; Brussel 29 oktober 1962, *Pas.* 1964, II, 37; Brussel 5 november 1958, *J.T.* 1958, 724.

<sup>14</sup> zie o.m. Gent 17 mei 1902, *Pas.* 1903, II, 197, Rb. Namen 7 december 1898, *Pas.* 1900, III, 64; Luik 2 juli 1906, *B.J.* 1906, 117; Rb. Namen 5 juni 1906, *Pas.* 1907, III, 38; Rb. Namen 7

13. Het criterium van het belang van het kind werd evenwel ruim geïnterpreteerd. Het verzet werd m.n. gegrond bevonden “si le mariage devrait gravement compromettre *l'honneur de la famille* (eigen cursivering) ou l'avenir du futur époux”<sup>15</sup>. We kunnen hieruit afleiden dat onder ‘belang van het kind’ oorspronkelijk en gedurende lange tijd<sup>16</sup> het belang van zijn familie werd begrepen<sup>17</sup>. Dat het criterium reeds vroeg werd gehanteerd<sup>18</sup>, moet m.a.w.

---

december 1898, *Pas.* 1900, III, 64: “les tribunaux ne pouvant asseoir une décision sur des pures hypothèses”.

<sup>15</sup> Parlementaire voorbereiding van de wet van 30 april 1896 modifiant quelques dispositions relatives au mariage, *Pasin.* 1896, 136.

<sup>16</sup> Brussel 15 januari 1924, *Pas.* 1924, II, 64 (met verwijzing naar laatstgenoemde zin uit de parlementaire voorbereiding); H. DE PAGE, o.c., 1962, 745: “il y a lieu de concilier la liberté des futurs époux et leur propre intérêt, ainsi que celui de leur famille”; F. RIGAUX, o.c., 1971, nr. 1022 spreekt van “l'intérêt de l'enfant et les chances de stabilité de l'union projetée”.

<sup>17</sup> Zie ook: Rb. Kortrijk 18 november 1955, *R.W.* 1955-56, 1923, oordeelde dat een rechterlijke bevestiging van het verzet tegen de akte van eerbied, die was gegrond op de onvoldoende rijpheid van de zoon van eisers, geen inbreuk vormde op het recht om te huwen, zoals verwoord in art. 16 § 1 van de Universele Verklaring voor de rechten van de Mens. Niet alle motieven in het licht van de familie-eer werden evenwel aangenomen. Rb. Kortrijk 27 december 1956, *Pas.* 1958, III, 7, verwierp het motief van het te grote standverschil tussen beide families en van het ontoereikende inkomen van de eigen zoon. De rechter gaf een vervangende instemming met de huwelijksluiting. Hij beklemtoonde daarbij evenwel dat zijn uitspraak niet ingegeven was door de onaantoonbare “zuiver individualistische stelling dat enkel het belang van het kind in aanmerking mag genomen worden”. Naast de slaagkansen van het huwelijk en de sterkte van de relatie, kan ook de eer van de familie binnen redelijke normen meespelen bij de weigering.

Zo ook bevond Rb. Brussel 19 maart 1968, *Pas.* 1969, III, 14, een leeftijdsverschil van vijf jaar niet voldoende als weigeringsgrond, achtte hij het opgeworpen verschil tussen de sociale milieus in casu onvoldoende groot om doorslaggevend te zijn en verklaarde hij het financiële bezwaar ongegrond.

Luik 2 april 1953, *Pas.* 1954, II, 20, sloot zich daarentegen, mede o.i.v. de eensgezindheid van beide ouders, aan bij een weigering die louter steunde op de bewering dat de toekomstige schoondochter verhoudingen had met derden. De rechter in eerste aanleg had het verzet opgeheven op grond van onvoldoende bewijs van de lichte zeden van de schoondochter. De beroepsrechter daartegen stelde “en cas de doute sur la réalité de ceux-ci (“les motifs de l'opposition” zijn bedoeld) les juges doivent faire confiance aux parents qui sont les protecteurs naturels de leurs enfants”. In casu had de vrouw reeds een kind dat niet van de huwelijkskandidaat afstamde.

In 1958 bevestigde het Brusselse Hof in dezelfde zin het ouderlijke verzet tegen een huwelijk met een uit de echt gescheiden man (Brussel 5 november 1958, *J.T.* 1958, 724). Het verzet was gegrond op de stelling dat de dochter een religieuze opvoeding had genoten en dat er een risico was voor gewetensproblemen bij een desgevallende relatiebreuk. De rechter liet zich uit in sterke termen: “...lorsque l'union projetée ne se présente pas dans des conditions qui permettent de penser que le futur époux pourra assurer le bonheur de son épouse”. Op die wijze werd o.i. impliciet besloten dat een kandidaat-bruidegom die reeds een mislukt huwelijk achter de rug heeft, geen waardige huwelijkskandidaat was voor een vrouw van nog geen 25 jaar. De loutere opwerping van dit bezwaar door de ouders volstond zonder dat zij van hun kant een inbreuk op hun privacy moesten dulden, bv. in het kader van een onderzoek naar de verenigbaarheid van hun morele bezwaar met hun levenswijze, om de geloofwaardigheid van hun bezwaar na te gaan.

Het verdient evenwel vermelding dat zowel het Brusselse Hof als de Kortrijkse rechtbank hebben benadrukt dat het verbod om te huwen niet noodzakelijk moest voortduren tot de leeftijd van 25 jaar. Hieruit blijkt dat de rechter slechts rekening hield met de morele bezwaren van de ouders in zoverre de feiten waarop deze berustten de stabiliteit van de relatie in gevaar konden brengen. Hij hield impliciet rekening met de mogelijkheid dat hij een jaar later wel tot voldoende stabiliteit en dus tot een vervangende machtiging zou besluiten.



worden gerelativeerd in het licht van de oorspronkelijke invulling die eraan werd gegeven.

**14.** De meeste rechtspraak wekte de indruk “qu’il s’agit plutôt d’un vestige de la ‘puissance paternelle’ que d’une mesure de protection”<sup>19</sup>. Deze vaststelling maakte Rigaux eveneens n.a.v. het feit dat bij overlijden of onmogelijkheid van beide ouders om te reageren, de meerderjarige volledig vrij kon huwen, zonder dat hij over een vervangende instemming moest beschikken.

**15.** Met de afschaffing van de vereiste in 1983 werd tevens – en haast geruisloos<sup>20</sup> – een einde gesteld aan een vorm van ongelijke behandeling tussen meerderjarige kinderen van wie de afstammingsband vaststond en niet-erkende meerderjarige buitenhuwelijkse kinderen. T.a.v. de laatsten was m.n. niet voorzien in een verplichte vervangende toestemming door de voogd of familieraad<sup>21</sup>. Deze meerderjarigen konden m.a.w. vrij huwen. Dit wekt bij ons alvast de indruk dat de instemmingsvereiste eerder door een paternalistisch<sup>22</sup> dan door een beschermend opzet was ingegeven<sup>23</sup>.

**16.** Met deze illustraties willen we aantonen dat bepaalde beginselen, zoals het belang van het kind, slechts sinds enkele jaren een centrale rol vervullen in ons interne recht<sup>24</sup>. Niettemin worden ze ervaren als stevig ingeburgerd.

<sup>18</sup> Zie bv. Rb. Brussel 15 mei 1948, *J.T.* 1950, 260, waarbij ‘l’intérêt supérieur de l’enfant’ werd aangehaald om de plaats te bepalen waar de familieraad van een apatride best kon bijeenkomen.

<sup>19</sup> F. RIGAUX, o.c., 1971, 1019.

<sup>20</sup> Hiervan getuigt de parlementaire voorbereiding: *Gedr. St. Kamer* 1982-83, Handelingen, 2795; *Gedr. St. Kamer* 1982-83, nr. 721/1, 189 en nr. 721/2; *Gedr. St. Senaat* 1982-83, nr. 366/2, 2 en Handelingen 16 december 1982, 653. De volledige emancipatie van het meerderjarige kind liet niet enkel op zich wachten tot 1983, d.i. slechts enkele jaren alvorens met het I.V.R.K. de strijd werd ingezet voor een grotere ontvoogding van het minderjarige kind. Bovendien werd bij deze realisatie nauwelijks aandacht besteed aan haar invloed op de huwelijksvrijheid. Mogelijk werd de afschaffing als een evidentie beschouwd in het licht van het toenemende gelijkheidsdenken.

<sup>21</sup> Niet-erkende natuurlijke kinderen behoeften geen instemming van derden. Er was juridisch – en dit in tegenstelling tot de feitelijke, maatschappelijk beleefde toestand – niemand voorzien om een toestemming aan te vragen. De oorzaak daarvan lag in de toenmalige en in 1979 discriminatoir bevonden afstammingsregeling die geen moederlijke afstamming aannam tenzij door erkenning, adoptie of geboorte binnen een huwelijk. Voorheen had een buitenechtelijk kind daardoor vaak noch een juridische vader, noch een juridische moeder en stond het niet onder ouderlijk gezag. Het meerderjarige kind kon ingevolge het toenmalige art. 159 B.W. vrij huwen. De bevoegdheid van de voogd en de familieraad werd met name beperkt tot de situatie van minderjarige kinderen. Hierover o.m. H. DE PAGE, o.c., 746; W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, Story-Scientia, 1965, 97 en 1978, 55; F. RIGAUX, *Les personnes*, 1971, nr. 1010-1013.

<sup>22</sup> En tevens een eigendomsprotectionistisch opzet: adoptiekinderen zijn bv. wel steeds onderworpen geweest aan de instemming van een derde. Tot de wet van 22 maart 1940 waren dat de oorspronkelijke ouders, nadien de adoptieouders (art. 348 B.W.). De wijze van wettelijke afstamming – oorspronkelijk dan wel adoptief – gaf m.a.w. in dit verband reeds snel geen aanleiding meer tot ongelijke behandeling. O.i. heeft de wetgever zich hier laten leiden door het belang van de adoptieouders om inspraak te krijgen in de gezinsvorming van het adoptiekind, nu het t.a.v. hen op eenzelfde wijze erfgerechtigd was als een oorspronkelijk kind.

<sup>23</sup> Hierover ook P. SENAËVE, “De akte van eerbied opgeheven: de wet van 15 januari 1983”, *R.W.* 1982-83, 1881-1885.

<sup>24</sup> Het arrest-Marckx als aanzet tot gelijke behandeling van kinderen ongeacht hun afstamming

### 17. Historisch besef kan aanleiding geven tot twee houdingen.

Ofwel kunnen we de evidentie waarmee hun algemene toepassing wordt aangenomen, relativeren door te wijzen op hun vooralsnog jonge levensloop in België en op het evolutieve karakter van de openbare-ordenotie.

Ofwel kunnen we integendeel de opportuniteit benadrukken van hun veralgemeende toepassing, eens ze zijn ingeburgerd in onze samenleving. Algemene beginselen helpen wildgroei voorkomen in het sterk vertakte kluwen van ons recht. De beginselen zijn onvermijdelijk onderhevig aan evolutie, maar nemen verhoudingsgewijs een stabielere positie in dan de rest van het recht en kunnen door de werking van het materiële gelijkheidsbeginsel flexibel worden bijgesteld in het licht van gewijzigde opvattingen.

18. We menen ons bij de tweede opvatting te moeten aansluiten. Mensenrechten en algemene rechtsbeginselen zijn verworvenheden die gekoesterd moeten worden met het oog op een behoorlijke rechtsbedeling.

19. Wél kan een herinnering aan hun ontstaansgeschiedenis een rol vervullen in het licht van de verzachte werking van de exceptie van openbare orde. Zo menen we dat een zekere familiale invloed op de huwelijkskeuze kan worden geduld zolang er geen sprake is van misbruik van bevoegdheid. Zoals voorheen in onze streken een ruime inspraak was weggelegd voor de ruimere familie, zo zou vandaag rekening gehouden kunnen worden met familiale inmenging naar buitenlands recht dat een minder geïndividualiseerd gezinsconcept hanteert. Het is weliswaar niet steeds eenvoudig om het onderscheid te maken tussen een gezonde invloed, een aanvaardbaar arrangement en huwelijksdwang. We gaan hier in een volgend hoofdstuk nader op in. Het bovenstaand historisch kader kan ons evenwel steunen in de doelstelling om niet *a priori* een negatieve houding aan te nemen tegenover rechtsfiguren als de huwelijksvoogd en gearrangeerde huwelijken. Het voormalige Belgische huwelijksrecht toonde vele overeenkomsten met het recht van meerdere islamitische rechtssystemen zoals die tot op vandaag gelden<sup>25</sup>. We zijn m.a.w. beter vertrouwd met de genoemde buitenlandse rechtsfiguren dan op het eerste gezicht lijkt. Het besef van deze vertrouwdheid dient ons ertoe aan te zetten om op genuanceerde wijze over buitenlandse rechtsregels te oordelen.

---

viel o.i. niet toevallig samen met de groeiende openheid voor kinderrechten. Door de oorsprong van het verschil in behandeling van de ene categorie t.a.v. een andere in vraag te stellen, worden tevens andere vormen van verschillende behandeling mee aan een evaluatie onderworpen. Tijdens de hervorming van het afstammingsrecht met het oog op gelijke behandeling, heeft de wetgever o.i. beseft dat mettertijd een gewijzigde opvatting was gegroeid over de verhouding ouder-kind.

<sup>25</sup> Ook de bepaling in deze stelsels van een lagere huwbare leeftijd voor meisjes moet o.i. samengelezen worden met de nog ruime familiale inmenging, zoals dat voorheen ook naar Belgisch recht gebeurde. We gaven aan dat de huwbare leeftijd voor meisjes is opgetrokken op het ogenblik dat de ouderlijke inmenging door de wetgever werd ingeperkt.

**\* De sanctionering van de voormalige vereiste naar Belgisch recht**

20. De vereiste van ouderlijke instemming met het huwelijk van hun meerderjarige kind kreeg van meet af aan slechts de waarde van een prohibitief huwelijksbeletsel toebedeeld<sup>26</sup>. Dit houdt in dat de niet-naleving van de vereiste geen aanleiding gaf tot nietigverklaring van het huwelijk. Daartoe werd geargumenteed dat de beslissing van de ouders niet discretionair was. Een eventuele weigering werd immers steeds voorgelegd aan de rechtbank. Het werd onredelijk bevonden dat een huwelijk zou worden nietigverklaard om de enige reden dat er geen mogelijkheid was geweest van verzet, terwijl de kans reëel was dat de rechter *in casu* ingeval van verzet een vervangende machtiging zou hebben gegeven<sup>27</sup>.

21. Hadden wetgever en rechtsleer zwaar getild aan deze vereiste, dan was er o.i. nooit ruimte geweest voor dergelijke tegemoetkomende redenering. Weliswaar werd aan de familie een ruim inspraakrecht verleend. Dat was evenwel niet absoluut. We menen hieruit te mogen afleiden dat de vereiste voornamelijk is ingesteld als een machtsmiddel voor de familie was en niet zozeer was ingegeven door beschermingsoverwegingen. In het laatste geval zou immers, zo vermoeden we, zijn geoordeeld dat een overtreding ervan de openbare orde schond.

**\* Conclusie**

22. Samengevat stelde de vroegere instemmingsvereiste t.a.v. meerderjarige huwelijkskandidaten meerdere vormen van ongelijke behandeling in, op grond van geboorte en geslacht, en werden lange tijd jongeren tot de leeftijd van 25 jaar bevoogd op een wijze die niet louter was ingegeven door hun belang. Anderzijds werd de vereiste gekwalificeerd als een louter prohibitief beletsel.

Beide vaststellingen zullen we meenemen in onze verdere beoordeling van familiale inmenging in het huwelijk in rechtsstelsels die familiale solidariteit tot op vandaag hoog in het vaandel dragen<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> A. KLUYSKENS, *Beginnelsen van burgerlijk recht. Personen- en familierecht*, Antwerpen / Brussel / Gent / Leuven, Standaard Boekhandel, 1942, 218.

<sup>27</sup> H. DE PAGE, o.c., 807; W. DELVA, o.c., 1965, 119.

<sup>28</sup> Met o.m. M. COESTER, *l.c.*, 17, menen we immers dat de afschaffing van de vereiste in onze streken gelijkloep met de afname van de financiële en morele familiale solidariteit.

### A.1.B. INSTEMMING VAN DE OUDERS MET HET HUWELIJK VAN HUN MINDERJARIGE KIND

#### \* *Aandachtspunten*

#### - Het 'belang van het kind' werd voorheen gekaderd binnen het belang van de familie

23. Vandaag geldt nog slechts t.a.v. minderjarige huwelijkskandidaten de verplichting om de instemming van hun ouders met het huwelijk te bekomen<sup>29</sup>. Deze vereiste is verenigbaar bevonden met het recht om te huwen<sup>30</sup>. De *ratio legis* bestaat erin het kind te behoeden voor een onbezonnen beslissing<sup>31</sup> en tevens het akkoord van de ouders te bekomen met de vervroegde ontvoogding van hun kind<sup>32</sup>.

24. Het belang van het kind kwam bij de beoordeling van de vereiste van een ouderlijke instemming tijdens de laatste decennia steeds meer centraal te staan. Dit komt tot uiting in meerdere evoluties. De meest opvallende evolutie betreft de gronden waarop de rechter een vervangende toestemming om te huwen verleent of daarentegen weigert. Reeds vroeg werd het begrip 'belang van het kind' door bepaalde rechters gehanteerd. De invulling van deze notie is evenwel sterk geëvolueerd in de loop der jaren. Zoals vandaag nog in meerdere rechtsstelsels geldt, werd voorheen ook naar Belgisch recht het belang van het kind beoordeeld in functie van het belang van de ruimere familie. Vóór de wet van 19 januari 1990 konden ouders hun instemming weigeren zonder enig concreet motief, zolang ze geen misbruik maakten van die bevoegdheid<sup>33</sup>. Een weigering met de doelstelling

<sup>29</sup> Art. 148 B.W. stelt: "Zonder instemming van zijn ouders mag een minderjarige geen huwelijk aangaan. Ingeval de ouders weigeren hun instemming te geven, kan de rechtbank instemming tot het huwelijk verlenen als zij de weigering een misbruik acht te zijn. Ingeval één van de ouders zijn instemming weigert te geven, kan de rechtbank instemming tot het huwelijk verlenen indien de weigering niet gegrond wordt geacht. De ouder die niet verschijnt, wordt geacht niet in het huwelijk toe te stemmen. Ingeval één van de ouders in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven en de andere ouder zijn instemming weigert, kan de rechtbank instemming tot het huwelijk verlenen als zij de weigering een misbruik acht te zijn. Ingeval beide ouders in de onmogelijkheid verkeren hun wil te kennen te geven of ingeval zij niet verschijnen, kan de rechtbank instemming tot het huwelijk verlenen".

<sup>30</sup> Hierover o.m. C. FORDER, "Artikel 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notedop", *N.J.C.M.* 1994, 115 en M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, *C.C.P.R. Commentary*, Kehl am Rhein/Straatsburg/Arlington.

<sup>31</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil*, II, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 589; A. KLUYSKENS, o.c., VII, nr. 226; H. DE PAGE en J.-P. MASSON (1990), nr. 513, 3°.

<sup>32</sup> P. SENAËVE, "Artikel 148 B.W.", in *Comm. Pers.* (1990), randnr. 1.

<sup>33</sup> Tot 1965 gingen zowel auteurs als rechters er overigens van uit dat de ouders een onaantastbare discretionaire bevoegdheid hadden om hun instemming met het huwelijk van hun minderjarige kind te weigeren (Rb. Brugge 17 februari 1960, *R.W.* 1959-60, 1321; Rb. Bergen 7 februari 1962, *J.T.* 1962, 585; Luik 30 juni 1920, *Pas.* 1923, II, 36; H. DE PAGE, o.c., 1962, 734). Deze opvatting steunde op de vaststelling dat er geen enkele wettekst was op grond waarvan het O.M. zou kunnen tussenkomen. Slechts in extreme gevallen maakte het O.M. gebruik van zijn algemeen recht op tussenkomst in het licht van de openbare orde. Daarbuiten zagen meerdere rechters geen graven in weigeringen op grond van "raisons d'ordre moral ou de convenance, notamment infériorité de condition du futur conjoint" (Brussel 6 juli 1912, *Pas.* 1912, II, 279; Luik

om het kind te laten bezinnen, voldeed aan deze voorwaarde<sup>34</sup>. Dit ouderlijk privilege werd mettertijd inefficiënt en discutabel bevonden. In zekere zin is het evenwel tot op vandaag behouden. Ouders kunnen zich immers verzetten tegen het huwelijk van een kind, ongeacht diens leeftijd<sup>35</sup> en zo minstens aanleiding geven tot een uitstel van het huwelijk<sup>36</sup>. Wel kunnen ze bij bewezen misbruik van bevoegdheid sinds 1990<sup>37</sup> aansprakelijk worden gesteld voor schade die uit dat verzet en de opschorting van het huwelijkssluiting voortvloeien.

**25.** De huidige invulling van de notie 'belang van het kind' is te danken aan de emanciperende werking van het I.V.R.K. Deze heeft er tevens voor gezorgd dat de cascade van titularissen van het instemmingsrecht stelselmatig werd uitgedund.

### - Het belang van de familie en de vroegere cascade van titularissen

**26.** Vóór 1990 gold t.a.v. een kind wiens beide ouders in de onmogelijkheid verkeerden om hun wil te uiten of wiens ouders waren overleden, een regeling tot vervangende toestemming van de grootouder(s)<sup>38</sup>. Niet alleen de dragers van het

---

30 juni 1920, *Pas.* 1923, II, 36). Het Brusselse Hof week er overigens niet voor terug om te stellen dat het klassenverschil tussen de betrokkenen te groot was en de jongen zich, door zijn intrek bij de familie van het nochtans volledig eerbaar bevonden meisje, had blootgesteld aan een "milieu qui est de nature à éloigner d'avantage encore de son esprit une appréciation quelque peu libre de ses projets" (Brussel 6 juli 1912, *Pas.* 1912, II, 279).

Sinds de Wet op de Jeugdbescherming van 1965 was een vervangende machtiging van de jeugdrechtbank mogelijk in geval van 'misbruik van bevoegdheid' (Voormalig art. 154, eerste lid en 160bis B.W.). De beoordeling diende mede in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het belang van het kind te gebeuren. Mogelijk omwille van de vaagheid van de bepaling bleven bepaalde rechters evenwel het vroegere gebruik voortzetten om de ouders discretionaire bevoegdheid te verlenen (Brussel 10 januari 1967, *Pas.* 1967, II, 189). Ook werd een expliciete motivering nog niet vereist. De rechter oordeelde in het licht van de kans op een geslaagd huwelijk. Hij sloot daarbij evenwel nog steeds gemakkelijk aan bij ouders met een unaniem standpunt (o.m. Brussel 9 februari 1967, *J.T.* 1967, 537, noot F. RUELLE). Slechts "louter egoïstische leidmotieven" stootten op een rechterlijke afwijzing. Wél werd nog steeds aangenomen "qu'il se peut que ce mariage fasse le malheur de l'enfant et la honte de la famille, si une passion funeste l'aveugle" en dat het kind daartegen moest worden beschermd: P. LAURENT, tome II, o.c., nr. 374; tevens: F. RIGAUX, o.c., nr. 1281; A. COLIN, H. CAPITANT en L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, Paris, Dalloz, 1934, nr. 965; J.P. MASSON, "L'opposition des ascendants au mariage de leurs descendants", *J.T.* 1978, I, met verwijzing naar Cass. 14 oktober 1977, *R.W.* 1978-1979, 1107, *Pas.* 1978, I, 197, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 241.

<sup>34</sup> H. DE PAGE, o.c., 1962, nr. 637bis, had reeds eerder m.b.t. hetzelfde recht in het kader van verzet tegen het huwelijk gesteld te betwijfelen dat de wetgever erin was geslaagd om de aanstaande echtgenoten te laten bezinnen over het huwelijk. De opschorting van het huwelijk kon volgens hem in de meeste gevallen slechts aanleiding geven tot een koppige volharding van beide partijen en bijgevolg tot grote familiale conflicten.

<sup>35</sup> Zie art. 173 B.W.: "zelfs wanneer dezen meerderjarig zijn".

<sup>36</sup> H. DE PAGE, o.c., 1990, 569. Reeds vroeg was er kritiek op de intussen reeds gedeeltelijk ingeperkte privileges van ascendenten m.b.t. het recht op verzet. Zie bv. J.P. MASSON, "L'opposition des ascendants au mariage de leurs descendants", *J.T.* 1978, I, 203.

<sup>37</sup> In tegenstelling tot voorheen: J.P. MASSON, "L'opposition des ascendants au mariage de leurs descendants", *J.T.* 1978, I, met verwijzing naar Cass. 14 oktober 1977, *R.W.* 1978-1979, 1107, *Pas.* 1978, I, 197, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 241.

<sup>38</sup> G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 255. T.a.v. niet-

ouderlijke gezag konden een huwelijk m.a.w. tegenhouden. Wél was de bevoegdheid van de grootouders onderworpen aan de voorwaarde dat ze een eensgezind standpunt deelden. Waren ze het onderling oneens, dan verleende de rechter systematisch een vervangende toestemming en kon de minderjarige huwen.

Was er geen grootouder meer of verkeerde(n) deze(n) in de onmogelijkheid om zijn/hun wil te uiten, dan oordeelde de familieraad bij meerderheidsbeslissing<sup>39</sup>. Was de familieraad niet geconsulteerd, dan was het huwelijk niet zonder meer ongeldig. De raad kon verkiezen achteraf zijn instemming te 'bevestigen'<sup>40</sup>.

De weigeringsbeslissing kon op vordering van de procureur des Konings bij de jeugdrechtbank worden aangevochten<sup>41</sup>. Deze verleende bij bewijs van misbruik een vervangende machtiging<sup>42</sup>.

27. Deze vroegere cascaderегeling bevestigt ons vermoeden dat de wetgever het huwelijk gedurende lange tijd eerder als een familiegebeuren, dan als een individueel recht van twee individuen heeft beschouwd. Uit de afgezwakte invulling van de instemmingsvereiste in de subsidiaire regeling<sup>43</sup> kan worden afgeleid dat de instemmingsvereiste tot 1990 niet zozeer was gericht op het belang van het kind, maar wel op een controlemogelijkheid voor de ouders.

28. In 1990 werd de bevoegdheid overgeheveld van de Koning naar de jeugdrechtbank, die het belang van het kind *sensu stricto* voortaan centraal stelt<sup>44</sup>. De individualiseringstendens is 'bekroond' met de afschaffing van de familieraad<sup>45</sup>.

---

erkende natuurlijke kinderen trad de voogd op wanneer er geen ouders waren en een voogd ad hoc wanneer de ouder(s) niet in staat was/waren om zijn/hun wil te uiten: oud art. 159 B.W.; H. DE PAGE, o.c., 1962, 746; A. KLUYSKENS, o.c., 217.

<sup>39</sup> G. BAETEMAN, o.c., 282.

<sup>40</sup> H. DE PAGE (1962), 808, verwijst naar art. 183 en geeft aan dat een expliciete bevestiging vereist was.

<sup>41</sup> Voormalig art. 160bis, eerste lid B.W.; Jeugdrb. Tongeren 11 februari 1971, *Doc. Min. Just.* I, 203; Jeugdrb. Neufchâteau 25 oktober 1971, *Doc. Min. Just.* I-248 (t.a.v. een adoptiefkind). *Contra*: Gent 6 september 1968, *R.W.* 1968-69, 226.

<sup>42</sup> Cass. 2 mei 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 1098, noot; Luik 20 maart 1968, *Doc. Jeugdbesch.* I, 75; Jeugdrb. Neufchâteau 8 oktober 1969, *Doc. Jeugdbesch.* I, 150 (misbruik in de vorm van een weigering van de ouders om het kind zolang mogelijk thuis te houden om het in het landbouwbedrijf te kunnen inschakelen); Brussel 8 februari 1968, *Doc. Jeugdbesch.* I, 77b (misbruik: weigering van de ouders behorend tot de getuigen van Jehovah omdat hun zoon met een meisje van een andere geloofsgemeenschap wil huwen); Rb. Antwerpen 6 december 1951, *R.W.* 1951-1952, 971 (misbruik: opkomen van de vader van de bruid tegen het huwelijk omwille van de wankelende gezondheidstoestand van de aanstaande echtgenoot).

<sup>43</sup> Zie de zwakkere rol van de grootouders, die eensgezind moesten zijn, en de familieraad tegen wiens beslissing reeds vroeg kon worden opgetreden (oud art. 883 Ger. W., i.t.t. het verhaalrecht tegen een weigering van de ouders, dat pas in 1990 werd ingesteld) en die zelf een regulariserende toestemming kon geven.

<sup>44</sup> Zie de algemene filosofie van de Jeugdbeschermingswet.

<sup>45</sup> Wet van 29 april 2001 tot wijziging van verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen, *B.S.* 31 mei 2001. Over deze tendens: o.m. V. COUSSIRAT-COUSTERES, "Famille et Convention européenne des droits de l'homme", *I.c.*, 282. Wél hebben broers en

### \* **Conclusie van de historische schets**

**29.** Beide evoluties reiken ons argumenten aan om soepel om te springen met familiale tussenkomsten naar buitenlands recht, voor zover de toepassing ervan voor het minderjarige kind de meest billijke uitkomst biedt. Het is van belang om rekening te houden met de sociale implicaties van deze of gene beslissing, mede in het licht van het besef dat familiale solidariteit in de betrokken rechtsorde mogelijk een rol vervult die ze in de Belgische samenleving niet meer heeft, ook juridisch niet. De rechter kan, vanuit de doelstelling om in het belang van het kind te oordelen, o.i. een belangrijke rol vervullen door het kind te wijzen op mogelijke implicaties van een huwelijk voor zijn positie in de sociale leefkring. Het is hierbij niet de bedoeling om integratieremmend op te treden, maar wel om het kind te wijzen op het risico van een sociale verstoting, en zich ervan te vergewissen dat het kind zich hiervan bewust is: het betreft nog een minderjarige. In dat opzicht is het o.i. geoorloofd om enigszins bevoogdend op te treden. Pas als het kind zich ten volle bewust is van het risico dat het loopt met zijn voornemen om te huwen, kan het o.i. met vrije wil zijn huwelijk aangaan<sup>46</sup>.

Cultuurgebonden aspecten dienen o.i. bijgevolg een plaats te krijgen in de beoordeling. Het is evenwel aangewezen dat de rechter rekening houdt met voldongen feiten (bv. een zwangerschap) en met de verblijfspositie van de betrokkene. Rechterlijke overwegingen die steunen op de culturele achtergrond van het kind, blijven o.i. best suggestief en niet directief voor het oordeel om al dan niet dispensatie van de ouderlijke instemmingsvereiste toe te staan. Meent het kind, nadat het voldoende is geïnformeerd om met kennis van zaken te kunnen oordelen, dat een huwelijk zijn belang dient en zijn de vereisten voor een dispensatie van de leeftijdsvereiste vervuld, dan is het o.i. aangewezen om systematisch een vervangende machtiging te verlenen.

### \* **De sanctionering van de instemmingsvereiste**

**30.** Tot 1990 voorzag art. 182 B.W. als sanctie bij weigering van ouderlijke instemming in een relatieve nietigheid<sup>47</sup>, die gedurende een jaar kon worden

---

zussen in bepaalde omstandigheden via de verzetsmogelijkheid nog inspraak in het huwelijk: hierover: S. DEMARS, "Les relations entre les frères et sœurs au sein de la famille en droit civil", *T.B.B.R.* 2000, 77. Ruimer over de individualisering van het familierecht en tegelijk de relativiteit ervan: H. WILLEKENS, "De (vrije?) wil in het gezinsrecht", in W. DEBEUCKELAERE (ed.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gent, Mys&Breesch, 2002, 291 p.

<sup>46</sup> Zo ook kan aandacht voor de concrete levenssfeer de rechter ertoe aanzetten om gemakkelijker dispensatie van de leeftijdsvereiste (*cf. supra*) te verlenen, indien zou blijken dat ongehuwd moederschap tot een sociale verstoting zou leiden. Ook al is het kind mogelijk nog niet rijp voor het echtelijk leven, het besef van enerzijds het nadelige effect van een weigering en anderzijds de ruime steun die familieleden elkaar in de betrokken middens bieden, kan de rechter ertoe aanzetten niettemin dispensatie te verlenen.

<sup>47</sup> Cass. 20 februari 1913, *Pas.* 1913, I, 115; Brussel 25 november 1959, *R.C.D.I.P.* 1962, 76, noot F. RIGAUX; Brussel 17 januari 1962, *Pas.* 1963, II, 30; Cass. 8 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 754; Rb. Brugge 3 november 1965, *R.W.* 1966-67, 1339 (wel werd het voordeel van een putatief

gevorderd door de ouders of het kind<sup>48</sup>. Ook de familieraad kon dergelijke vordering instellen ingeval hij in toepassing van de cascadereregeling bevoegd was om de instemming met het huwelijk te verlenen. Aan de instemmingsweigering van de voogd van een buitenhuwelijks kind werd daarentegen geen nietigheidsvordering gekoppeld<sup>49</sup>. Een aantal auteurs erkenden evenwel de noodzaak om vooral het buitenhuwelijkse kind extra te beschermen en nam een virtuele nietigheid aan<sup>50</sup>.

**31.** Deze nietigheidssanctie is opgeheven door de wet van 19 januari 1990. Opdat een minderjarige van de vereiste van een huwbare leeftijd zou kunnen worden gedispenseerd is m.n. reeds een ouderlijke raadpleging vereist<sup>51</sup>. Is de ouderlijke instemmingsvereiste bij het huwelijk van een minderjarige niet nageleefd, dan betekent dat m.a.w. dat geen dispensatie van de leeftijdsvereiste is verleend of dat die dispensatie ongeldig is verleend<sup>52</sup>. Het huwelijk kan op deze grond reeds worden nietigverklaard. Een afzonderlijke nietigverklaring, als sanctie bij de overtreding van de instemmingsvereiste, is dan ook overbodig geworden<sup>53</sup>. Het gevolg is dat ook het huwelijksbeletsel dat voortvloeit uit een ontbrekende ouderlijke instemming wegvalt vanaf de leeftijd van achttien jaar en zes maanden<sup>54</sup>.

**32.** De strenge controle op de instemmingsvereiste belet niet dat er bij de nietigverklaring van een ongeldig huwelijk bij goede trouw steeds ruimte is geweest voor een toekenning van het voordeel van een putatief huwelijk. De goede trouw haalt het in dit verband op het adagium '*nemo censetur ignorare legem*'. Bepaalde rechtspraak wekt overigens de indruk dat goede trouw niet steeds vereist was en dat het volstond dat de betrokkene geloofde dat de

---

huwelijk verleend); Rb. Brussel 30 juni 1972, *J.T.* 1973, 143, noot N. WATTE (de rechter besloot evenwel tot een laattijdige inroeping van de nietigheidsgrond); Rb. Mechelen 25 mei 1976, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 383; Bergen 20 december 1978, *Pas.* 1979, II, 24; Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2915; Rb. Mechelen 19 juni 1984, *R.W.* 1985-86, 326 (nationaliteitsgemengd huwelijk); A. KLUYSKENS, o.c., 213.

<sup>48</sup> Rb. Brussel 30 juni 1972, *J.T.* 1973, 143, noot N. WATTE.

<sup>49</sup> H. DE PAGE (1982), 808; W. DELVA, o.c., 1965, 97.

<sup>50</sup> O.m. H. DE PAGE, (1962), 808.

<sup>51</sup> Slechts als om die instemming is verzocht en als die door de ouders is geweigerd, kan de jeugdrechter een vervangende machtiging verlenen.

<sup>52</sup> Zie bv. Jeugdrb. Charleroi 4 maart 1996, *J.D.J.* 1996, 223, dat een minderjarig meisje van 16 jaar dat reeds twee kinderen had, dispensatie verleende op grond van de wens van de partners om een huwelijkscontract op te stellen. De rechter steunde zich op de vaststelling dat de twee zich bewust waren van hun verantwoordelijkheden en dat beide ouders met het huwelijk zouden hebben ingestemd. De rechter interpreteerde de niet-verschijning van de moeder daarbij als een instemming. Art. 148 B.W. stelt nochtans uitdrukkelijk dat "de ouder die niet verschijnt, wordt geacht niet in het huwelijk toe te stemmen". Bovendien bleek in casu uit haar verklaring tijdens een politieonderzoek dat de moeder weigerde in te stemmen met het huwelijk. Een rechtsregel, de instemmingsvereiste, werd m.a.w. door de rechter opzijgeschoven, zonder dat hij meende zich daartoe op rechtvaardigende motieven te moeten beroepen. Hieruit blijkt dat niet steeds tevens de dispensatieregeling is overtreden. In casu had de rechter dispensatie verleend, zij het op verkeerde gronden: hij had eerst de ouders moeten raadplegen.

<sup>53</sup> Zie ook: H. DE PAGE en J.P. MASSON (1990), 600; J. GERLO, *Personen- en familierecht*, deel 1, Brussel, Story-Scientia, 1989, 167.

<sup>54</sup> Zie ook P. SENAËVE, "Art. 148 B.W.", in *Comm. Pers.* (1990), randnr. 27.



wetsontduiking niet de ongeldigheid van het huwelijk zou impliceren<sup>55</sup>. Zo heeft het Hof van Cassatie n.a.v. de *Gretna-Green* huwelijken<sup>56</sup> aan clandestien gehuwden het voordeel van een putatief huwelijk verleend, ook al wisten de betrokkenen dat ze de Belgische wet hadden overtreden. Het voordeel werd hen toegekend op grond van de overweging dat de jongeren meenden dat hun huwelijk niettemin geldig was. Hieruit blijkt dat reeds vroeg is aangenomen dat feitelijk gezinsleven dat op een oprechte beleving steunt, bescherming verdient. Ook deze bevinding dragen we mee naar onze beoordeling van hoe best wordt omgegaan met buitenlandse huwelijken die naar Belgisch recht ongeldig worden bevonden, maar niettemin oprecht zijn aangegaan en aldus ook voort worden beleefd<sup>57</sup>.

## **A.2. DE OMGANG MET DE OUDERLIJKE INSTEMMINGSVEREISTE BINNEN HET I.P.R., MEDE IN HET LICHT VAN INTERNATIONALE VERDRAGSBEPALINGEN<sup>58</sup>**

### **A.2.A. DE INSTEMMINGSVEREISTE VOOR MINDERJARIGEN**

**33.** Minderjarigen, die nog niet algemeen huwelijksbekwaam zijn, genieten niet de bescherming van art. 12 E.V.R.M.<sup>59</sup>. Huwelijksvrijheid geldt immers slechts voor personen van huwbare leeftijd. De bepaling van de huwbare leeftijd wordt, zoals gezegd, overgelaten aan de soevereiniteit van de Verdragsstaten en wordt slechts marginaal getoetst<sup>60</sup>. Hetzelfde geldt voor uitzonderingsregelingen, zoals de dispensatieregeling met eraan gekoppelde ouderlijke instemmingsvereiste. Deze is t.a.v. minderjarigen ingesteld in het belang van het kind. Art. 2 van het V.N.-Verdrag inzake huwelijks toestemming hanteert impliciet dezelfde opvatting, door aan te geven dat een dispensatieregeling de nodige correcties kan bieden.

**34.** Een overtreding van de instemmingsvereiste geeft in bepaalde buitenlandse rechtsstelsels aanleiding tot veroordelingen op grond van o.m. kinderontvoering en seksuele omgang met minderjarigen<sup>61</sup>. In 1986 bevond de E.C.R.M.<sup>62</sup> een gevangenisstraf van negen maanden op deze gronden verenigbaar met art. 9, 12 en 14 E.V.R.M. We beschreven de zaak reeds bij de bespreking van de leeftijdsvereiste. Het betrof het huwelijk tussen een Britse moslim van 21 jaar en

<sup>55</sup> Cass. 8 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 755; Rb. Mechelen 25 mei 1976, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 383. Wél onder voorwaarde van goede trouw: Rb. Mechelen 19 juni 1984, *R.W.* 1985-86, 326.

<sup>56</sup> Cass. 8 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 754 (*cf. infra*).

<sup>57</sup> *Cf. infra*, hoofdstuk 6 (vormvereisten), o.m. randnrs 162-166.

<sup>58</sup> We deden systematisch onderzoek binnen alle ons bekende internationale rechtsbronnen die betrekking hebben op het huwelijk. Per huwelijksbeletsel verwijzen we evenwel slechts naar die rechtsbronnen die in casu van betekenis zijn. Om die reden wordt een bepaald bi- of multilateraal verdrag in de ene context wél en in de andere niet aangehaald. Het leek ons niet nodig om telkens de verdragen op te sommen die zich niet met de gestelde vraag inlaten. De ontstentenis van hun vermelding kan daartoe o.i. volstaan.

<sup>59</sup> In dezelfde zin: D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 176; M. PALM-RISSE (1990), 127.

<sup>60</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 1 (de leeftijdsvereiste), randnrs 62-63 e.v.

<sup>61</sup> De Belgische strafbepalingen in die zin (art. 368-371 Sw.) zijn bij Wet van 28 november 2000, B.S. 17 maart 2001, overgebracht naar art. 428-430 Sw.

<sup>62</sup> E.C.R.M., nr. D 11579/85, 7 juli 1986, zaak KHAN t./ VK.

een moslimmeisje van 14 ½ jaar.

**\* De omgang met soepeler buitenlands recht**

**35.**Meerdere Staten, waaronder Bulgarije, Guinee, Hongarije, Italië, Kroatië, Oekraïne, Polen, Roemenië, Rusland, Rwanda, Schotland, Slovakije, Slovenië, Spanje, Tsjechië en Zweden, vereisen in het geval van huwelijken van of met minderjarigen geen ouderlijke of vervangende rechterlijke huwelijksinstemming<sup>63</sup>. Dit gegeven hoeft o.i. niet aanleiding te geven tot het oordeel dat de buitenlandse wet onze openbare orde schendt. Zoals gezegd gaat de Belgische rechter immers reeds bij de beoordeling van het verzoek van de huwelijkskandidaten tot dispensatie van de leeftijdsvereiste na of de ouders van de minderjarige instemmen met het voorgenomen huwelijk.

**36.**Andere Staten, zoals Albanië, Bosnië-Herzegovina, China, Griekenland, Litouwen, Macedonië, Malta, Vietnam en Zwitserland, kennen evenmin een instemmingsvereiste in hoofde van de ouders, maar voorzien evenmin in een mogelijkheid tot dispensatie van de leeftijdsvereiste<sup>64</sup>. Een huwelijk is er slechts mogelijk vanaf de leeftijd die de wet zonder uitzondering als huwbaarheidsleeftijd bepaalt. Door de regelgeving van bepaalde van deze Staten worden minderjarigen evenwel reeds huwelijksbekwaam bevonden<sup>65</sup>. Zij kunnen m.a.w. vrij, zonder ouderlijke of rechterlijke inmenging in het huwelijk treden op jonge leeftijd.

**37.**De beperkte gepubliceerde rechtspraak in dit verband wekt alvast de indruk dat onze openbare orde zich niet snel verzet tegen de toepassing van buitenlands recht dat de minderjarige aan een minder strenge ouderlijke instemmingsvereiste onderwerpt<sup>66</sup>.

De Brusselse rechtbank oordeelde in 1913 dat de Franse regel toegepast kon worden die het recht om zich te verzetten tegen een akte van eerbied voorbehield aan de vader, en de moeder dit recht slechts verleende ingeval de

<sup>63</sup> Zie BERGMANN en FERID, o.c.

<sup>64</sup> J. VAN DE VELDE, *Burgerlijke Stand: Internationale Burgerlijke Stand*, Brugge, Vanden Broele, 1999 (losbladig).

<sup>65</sup> O.m. Zwitserland: 15 jaar voor meisjes; Malta: 16 jaar; Panama: meisjes op 12 jaar; Pakistan: 14 jaar; Soedan: in de praktijk 10 jaar voor een meisje mits gevreesd wordt voor haar moraliteit.

<sup>66</sup> Naar Frans recht overheerst daarentegen in de rechtspraak de opvatting dat de Franse vereisten inzake ouderlijke instemming en toestemming in het huwelijk dermate minimalistisch zijn geformuleerd, dat ze in het I.P.R. als minimumnorm moeten worden gehanteerd. Soepeler buitenlands recht stuit bijgevolg vaak op de exceptie van openbare orde: hierover B. AUDIT (2000), 542-543; F. BOULANGER (1993), I, 226; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (2001), 365, beklemtonen dat deze praktijk niet vanzelfsprekend is en stellen zich de vraag hoe de openbare orde best wordt afgelijnd. H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), nr. 415 en P. MAYER (1994), nr. 551, menen dat een ouderlijke instemming met het huwelijk van een minderjarige is vereist in het licht van de strijd tegen kinderhuwelijken, tenzij de nationale wet van de huwelijkskandidaat deze vereiste niet instelt. Hieruit leiden we af dat zij geen graten zien in de toepassing van buitenlands soepeler recht.

vader overleden of handelingsonbekwaam was<sup>67</sup>.

Wij menen dat deze uitspraak vandaag niet kan worden aangehouden. Buitenlands recht dat de instemmingsbevoegdheid voorbehoudt aan de vader schendt het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw. Zo moet o.i. de moeder van een minderjarige moslim(se) zich vandaag in België kunnen verzetten tegen de huwelijksluiting<sup>68</sup>. De BIPOO moet o.i. worden opgeworpen tegen buitenlands recht dat niet in deze mogelijkheid voorziet, in samenlezing met art. 14 E.V.R.M., het eerste protocol en art. 5 van het zevende protocol bij het E.V.R.M.<sup>69</sup>, art. 16 Vrouwenverdrag<sup>70</sup> en art. 9 j° 23 Europees Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie<sup>71</sup>.

**38.** De Luikse rechter oordeelde in 1967 onverkort toepassing te kunnen maken van de bepaling naar Italiaans recht die het huwelijk van meerderjarige kinderen niet langer afhankelijk stelde van een ouderlijke instemming<sup>72</sup>. "Le tribunal pour asseoir sa décision, n'a pas à avoir égard à des raisons d'opportunité". Het ouderlijk verzet werd opgeheven "attendu que ce litige, d'ordre purement privé et familial...doit être jugé suivant les normes rigides des lois, abstraction faite de toutes considérations passionnelles, sentimentales ou autres".

**39.** Doorgetrokken naar de situatie van minderjarigen vandaag zou hieruit kunnen worden afgeleid dat een volledige huwelijksvrijheid geldt voor (de meeste<sup>73</sup>) jongeren van wie de *lex patriae* minderjarigen huwbaar verklaart.

We zien geen reden om ons te verzetten tegen de toepassing in België van soepeler buitenlands recht dat ook minderjarigen toelaat om in het huwelijk te treden. Wél is het aangewezen om het verbod op kinderhuwelijken te handhaven, met een ondergrens, door ons voorgesteld op vijftien jaar.

**40.** In de meeste rechtsordes vereist het huwelijk van een minderjarige overigens een rechterlijke dispensatie. De ontstentenis van een vereiste van ouderlijke instemming wordt in dergelijk geval gecompenseerd door een rechterlijke beoordeling van het belang van het kind, bij de verlening van de verzochte dispensatie van de leeftijdsvereiste.

Ook als dat niet zo is, menen we dat een huwelijk dat rechtsgeldig in het

<sup>67</sup> Rb. Brussel 3 januari 1913, *J.D.I.* 1914, 633.

<sup>68</sup> De meeste islamitische rechtssystemen voorzien op geen enkele wijze in een inspraakrecht voor de moeder: zie o.m. a contrario: art. 12, tweede lid Algerijnse familiewet; art. 51 en 52 Egyptische familiewet; art. 29-31 Koeweitse familiewet; art. 8 en 9 Libische familiewet; art. 11. Marokkaanse familiewet; art. 170 Syrische familiewet.

<sup>69</sup> S. RUTTEN, "Vrouwen en het internationaal privaatrecht", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (eds), *Het vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1995, 271-272.

<sup>70</sup> Impliciet: S. RUTTEN, *l.c.*, 270.

<sup>71</sup> Binnen de grenzen van zijn toepassingsgebied: zie deel 2A, randnr. 97.

<sup>72</sup> Rb. Luik 3 mei 1967, *Pas.* 1967, III, 99.

<sup>73</sup> Cf. *infra*, ons bijgevoegd voorbehoud m.b.t. kinderhuwelijken.

buitenland is aangegaan in toepassing van het recht dat ook door onze verwijzingsregel wordt aangewezen, in België kan worden erkend. Slechts als wordt aangetoond dat de vrije toestemming van de huwelijkskandidaat ontbreekt of gebrekkig is, menen we dat tot een nietigverklaring van het huwelijk moet worden overgegaan.

### **\* De omgang met strenger buitenlands recht**

**41.** De recente Belgische rechtsgeschiedenis laat ons toe te vermoeden dat buitenlands recht dat t.a.v. een minderjarig kind dat reeds huwelijksbekwaam is<sup>74</sup> nog een ouderlijke instemming met het huwelijk vereist, niet op bezwaren zal stoten, ook niet als het kind reeds ouder is dan achttien jaar<sup>75</sup>. Ons recht heeft immers zelf lange tijd een onderscheid gemaakt tussen huwelijksbekwaamheid en huwelijksvrijheid. Dat onderscheid betrof bovendien personen die meerderjarig waren naar Belgisch recht.

**42.** De leeftijd van achttien jaar wordt weliswaar in meerdere interne regelgevingen gehanteerd als algemene leeftijdsgrens voor vrij en zelfstandig optreden, denken we o.m. aan het sociaal recht en aan de leerplicht.

Niettemin is o.i. buitenlandse wetgeving die de meerderjarigheid op een latere leeftijd bepaalt<sup>76</sup> en de huwelijksvrijheid pas doet ingaan vanaf deze latere meerderjarigheid, verenigbaar met onze invulling van het beginsel van de huwelijksvrijheid. Ook al past ons recht in meerdere domeinen de interne meerderjarigheidsgrens van achttien jaar toe op vreemdelingen<sup>77</sup>, in het familierechtelijke I.P.R. wordt voor de bepaling van de meerderjarigheidsgrens nog steeds verwezen naar de nationale wet<sup>78</sup>. Er zijn o.i. *in casu* geen overtuigende argumenten om van de toepassing ervan af te wijken, binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel dat voor vreemdelingen met stabiele verblijfshouding en voor minderjarigen van wie de verzorgende ouder(s) voor de toepassing van Belgisch recht heeft (hebben) geopteerd hoedanook naar Belgisch recht verwijst, ook niet in het licht van de huwelijksvrijheid.

<sup>74</sup> M.a.w.: voldoet aan zijn nationale leeftijdsvereiste. De Amerikaanse Uniform Marriage and Divorce Act bv. bepaalt de huwbare leeftijd op 16 jaar met ouderlijke toestemming tot 18 jaar. In Paraguay wordt tot de leeftijd van 20 jaar een ouderlijke instemming geleverd terwijl een kind er reeds vanaf zestien jaar huwelijksbekwaam is: X., "National reports, 'P'", *I.E.C.L.* 1996, vol. 1.

<sup>75</sup> M. NOWAK, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, o.c., 401-402; C. FORDER, "Artikel 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notedop", *N.J.C.M.* 1994, 107.

<sup>76</sup> O.m. 21 jaar in El Salvador, Ivoorkust, Gabon, Polen en Senegal; 21 jaar voor Indische jongens; 20 jaar voor Tunesische jongens; 19 jaar naar Indonesisch en Oostenrijks recht; 20 jaar naar Zwitsers en Tunesisch recht (zie hoofdstuk 1 (de leeftijdsvereiste), randnrs 11 e.v.).

<sup>77</sup> Dat gebeurt overigens niet systematisch: zie o.m. Cass. 25 november 1991, *T. Vreemd.* 1993, 169, noot M.-CL. FOLETS, besproken in hoofdstuk 2, titel A.6.

<sup>78</sup> Brussel 23 mei 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1475; Cass. 25 november 1991, *Bull.* 1992, nr. 3-4, 224, *Rev. dr. étr.* 1993, 317, noot M.-CL. FOLETS; Bergen 7 februari 1995, *J.D.J.* 1995, 471, noot. Het betreft in heel Europa, behalve in het V.K., een distributieve verwijzingsregel: PALSSON, o.c., 319 en 112, noot 361. Zie voor rechtsvergelijking inzake de leeftijd van meerderjarigheid: *Gedr. St. Kamer* 1988-89, nr. 42/3, 13; Oranboek Vanden Broele, Internationaal privaatrecht.

**43.** Heyvaert daarentegen meent dat art. 1 I.V.R.K. *a contrario* uitwijst dat een jongere vanaf de leeftijd van achttien jaar vrij moet kunnen beslissen over gezinsvorming zonder dat zijn ouders zich daartegen kunnen verzetten, ook al is hij nog niet meerderjarig<sup>79</sup>. Wij sluiten ons niet aan bij deze stelling. Het I.V.R.K. heeft slechts betrekking op jongeren tot achttien jaar en laat niet toe dat via *a contrario*-redeneringen rechten worden afgeleid t.b.v. jongeren die deze leeftijd reeds hebben overschreden.

**44.** We menen dat, zoals ook in Frankrijk gebeurt, rekening kan worden gehouden met strengere buitenlandse instemmingsvereisten, bv. wegens latere bepaling van de meerderjarigheidsleeftijd, tenzij ze ingaan tegen de openbare orde, bv. discrimineren op grond van etnische of sociale herkomst of geslacht, bv. bij verschillende leeftijdsbepaling voor man en vrouw<sup>80</sup>.

**45.** Wél menen we dat de I.P.R.-rechter in toepassing van de C.I.E.C.-Aanbeveling betreffende het recht om te huwen<sup>81</sup> steeds in de mogelijkheid van een vervangende rechterlijke machtiging moet voorzien, minstens in het geval de ouders misbruik maken van hun bevoegdheid. De Nederlandse Hoge Raad sprak zich reeds uit in deze zin. Hij oordeelde dat in het licht van art. 12 E.V.R.M. steeds is vereist dat een vervangende machtiging kan worden gegeven en dat deze kan worden gesteund op de uitkomst van een toetsing van de ouderlijke weigering die verder reikt dan een louter marginale toetsing<sup>82</sup>.

Naar Frans recht is, zoals we reeds aangaven, vooralsnog evenwel niet voorzien in een vervangende rechterlijke machtiging<sup>83</sup>. Ook de familiewetten van o.m. Colombia, Gambia, Ierland, Indië, Iran, Japan, Libanon, Liberia, Libië, Madagascar, Saoedi-Arabië, Turkije en Zuid-Korea verlenen de ouders een vetorecht<sup>84</sup>. Weigeren de ouders van een huwelijkskandidaat die onderdaan is van één van de genoemde Staten in te stemmen met het huwelijk, dan kan het kind o.i. best (bij vertegenwoordiging) de mogelijkheid worden geboden om de jeugdrechter te vatten met het oog op een vervangende machtiging.

**46.** Na deze bespreking van de instemmingsvereiste voor *minderjarigen*, gaan we

<sup>79</sup> A. HEYVAERT, "De gezinsrechtelijke situatie van Marokkanen met vast verblijf in België", *I.c.*, 290.

<sup>80</sup> B. AUDIT (2000), 542-543; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (2001), 365; F. BOULANGER (1993), I, 226; H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), nr. 415; P. MAYER (1994), nr. 551.

<sup>81</sup> Art. II.6 C.I.E.C. Recommandation n° 2 relative au droit du mariage, 8 september 1976, in *Conventions et recommandations (1956-1987)*, Strasbourg, C.I.E.C., 1988, 334; F. BOULANGER (1992), 136-137.

<sup>82</sup> H.R. 20 december 1985, *N.J.* 1987, 54; H.R. 4 juni 1982, *N.J.* 1983, nr. 32 (een onbeperkt vetorecht is onaanvaardbaar); H.R. 9 juni 1978, *A.A.* 1978, 580, noot H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA.

<sup>83</sup> Zowel vader als moeder moeten instemmen met het huwelijk van hun minderjarige kind. Bij afwezigheid of onmogelijkheid van één van hen volstaat de instemming van de ander. Heeft het kind geen ouders, dan volstaat de instemming van één familielid in elke lijn in de dichtste graad: J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2000, 55.

<sup>84</sup> J. VAN DE VELDE, *Burgerlijke Stand: Internationale Burgerlijke Stand*, Vanden Broele, 1999 (losbladig); E. ORUCU, "Turkish family law: moving with the times", *M.R.* (Ndl.) 2003, 5.

in op de vraag hoe best kan worden omgegaan met buitenlands recht dat ook nog ouderlijke tussenkomst vergt t.a.v. personen die in toepassing van hun personele recht reeds *meerderjarig* zijn.

### A.2.B. DE INSTEMMINGSVEREISTE VOOR MEERDERJARIGEN

#### **\* Toepassing van soepeler buitenlands recht ten tijde van de vroegere Belgische regeling**

47. Zoals gezegd<sup>85</sup>, werd de voormalige Belgische instemmingsvereiste gekwalificeerd als een prohibitief huwelijksbeletsel. Op grond hiervan werd in 1967, in een vonnis waar we reeds naar verwezen<sup>86</sup>, geoordeeld dat de vereiste niet van internationaalprivaatrechtelijke openbare orde was<sup>87</sup>. *In casu* paste de Luikse rechter de Italiaanse wet toe die, zodra het kind 21 jaar oud is, de ouders nog slechts een recht op verzet verleent en daartoe vergt dat een wettelijk beletsel tegen het huwelijk wordt opgeworpen. Zijn de verloofden meerderjarig, ongehuwd, in staat om hun wil te uiten en rijst geen ander huwelijksbeletsel, dan moet het verzet worden opgeheven.

48. Vandaag geldt naar Belgisch recht eenzelfde regeling: t.a.v. meerderjarigen geldt niet langer een vereiste van ouderlijke instemming met het huwelijk.

#### **\* Aangewezen omgang met de huidige buitenlandse vereiste: het beginsel van de huwelijksvrijheid**

49. Er is ons geen Belgische rechtspraak bekend m.b.t. de vraag of buitenlandse wetgeving die meerderjarigen nog steeds afhankelijk stelt van een ouderlijke instemming met het huwelijk<sup>88</sup>, al dan niet toepasselijk kan worden verklaard in België. De Nederlandse Hoge Raad oordeelde reeds dat dit aangewezen is<sup>89</sup>.

Voor de Belgische situatie kunnen we de vraag slechts in hypothetische zin behandelen.

#### **- Bij huwelijksluiting in België**

50. Het beginsel van de huwelijksvrijheid van meerderjarigen vindt zonder meer doorgang in het I.P.R.

Volgens ons volgt daaruit dat het is aangewezen om de BIPOO-exceptie op te werpen tegen de *lex patriae*, indien die ook van meerderjarigen nog vereist dat

<sup>85</sup> Cf. *supra*, randnr. 23.

<sup>86</sup> Cf. *supra*, randnr. 38.

<sup>87</sup> Rb. Luik 3 mei 1967, *Pas.* 1967, III, 99.

<sup>88</sup> O.m. art. 15 Filippijnse familiecode 1987: toestemmingsvereiste tot 25 jaar terwijl de meerderjarigheid op 21 jaar is bepaald.

<sup>89</sup> H.R. 4 juni 1982, *N.J.* 1983, nr. 32: een onbeperkt vetorecht voor de ascendent is strijdig met art. 12 E.V.R.M.; H.R. 20 december 1985, *N.J.* 1987, 54: een meer dan marginale controle op misbruik is vereist.

ze een ouderlijke instemming voorleggen<sup>90</sup>. Ook als de betrokkene nog geen stabiele verblijfsspositie in België heeft en heeft geopteerd voor een voortgezette aanknoping bij zijn nationale wet<sup>91</sup>, verzet de BIPOO zich tegen een toepassing van de genoemde vereiste.

**51.** Ook de vereiste in bepaalde buitenlandse wetgevingen, o.m. de Franse en Nederlandse, dat, bij ontstentenis van ouder (die in staat is om zijn wil te uiten) de familieraad, een curator of een rechter (in geval van personen onder gerechtelijke voogdij) met het huwelijk instemt, stuit o.i. de openbare orde<sup>92</sup>. Het moet o.i., in het geval van huwelijksplannen van een meerderjarige, kunnen volstaan om na te gaan of de toestemming van de huwelijkskandidaat zelf vrij is verleend.

**52.** De internationale beslissingsharmonie hoeft hier niet noodzakelijk onder te lijden. De huwelijkskandidaten kunnen vrijwillig in min of meerdere mate tegemoetkomen aan de grondvereiste van hun *lex patriae* door elk een ouder aan te wijzen als getuige bij hun huwelijk. Het Belgische B.W. vereist dat bij elke huwelijksvoltrekking in België twee getuigen aanwezig zijn (art. 75 B.W.).

Ondertekent een ouder van elk van beiden de huwelijksakte en – ingeval de *lex patriae* een instemming van beide ouders vereist – zijn ze daartoe bv. onderhands gevolmachtigd door de andere ouder, dan menen we dat de instanties van het land van herkomst zich niet tegen de erkenning van het huwelijk zullen verzetten, tenzij er andere beletselen rijzen<sup>93</sup>. De Belgische vormvereiste houdt weliswaar niet in dat de getuigen uitdrukkelijk instemmen met het huwelijk. We kunnen evenwel aannemen dat ze dat impliciet doen, gezien hun bereidheid om op te treden als getuige. Een getuigenis en een instemming hebben niet dezelfde functie en kunnen niet gelijk worden gesteld. Het is o.i. evenwel denkbaar dat een rechter in het land van herkomst die wordt verzocht om het huwelijk te erkennen, met de getuigenis genoeg zal nemen om te aanvaarden dat het huwelijk geldig is aangegaan. De getuigenis levert alvast het bewijs dat de persoon wiens instemming door de personele wet wordt gevergd zich niet tegen het huwelijk verzet.

### - Bij huwelijksluiting in het buitenland

**53.** Uit het bovenstaande volgt logischerwijze dat de geldigheid in België van een

<sup>90</sup> Zie ook o.m. M. KROFT, "Marokko. Huwelijksvoltrekking", *H.P.S.* 1990, afl. 4, 14.

<sup>91</sup> *Cf. supra*, deel 2B, ons aanknopingsvoorstel.

<sup>92</sup> Art. 514 C.C. (toestemming curator meerderjarige); art. 506 C.C. (toestemming beide ouders of, bij onmogelijkheid, familieraad voor een meerderjarige onder voogdij. Voor de laatste is tevens steeds het advies van de behandelende arts vereist). Art. 37 N.B.W. (toestemming curator voor persoon die wegens drankmisbruik of verkwisting onder curatele staat); art. 38 N.B.W. (toestemming kantonrechter voor persoon die onder curatele staat wegens geestelijke stoornis). Art. 72 N.B.W. geeft aan dat het slechts een verbiedend beletsel betreft: "Een huwelijk kan niet nietig worden verklaard uit hoofde dat op het tijdstip van de huwelijksvoltrekking een der echtgenoten onder curatele stond, en het huwelijk klaarblijkelijk het ongeluk van de andere echtgenoot zou veroorzaken".

<sup>93</sup> Vele islamitische rechtsstelsels vereisen bv. tevens een religieuze viering.

huwelijk dat in het buitenland is aangegaan evenmin kan afhangen van de vraag of een ouderlijke instemming is verleend, ook al is die naar de *lex patriae* van (één van) de partijen vereist. Een overtreding van de buitenlandse instemmingsvereiste staat een erkenning van het huwelijk in België o.i. niet in de weg.

**54.** De vereiste vormde voorheen naar Belgisch recht in het geval van meerderjarigen overigens slechts een prohibitief beletsel. Eenmaal het huwelijk was aangegaan, opteerde de wetgever er m.a.w. voor om uit *favor matrimonii* rekening te houden met het feitelijke gezinsleven en het huwelijk te erkennen. Vandaag noopt tevens het beginsel van de huwelijksvrijheid daartoe.

### **- Illustratie a.h.v. de rechtsfiguur van de huwelijksvoogd**

**55.** Van de rechtsordes die meerderjarigen nog een vereiste van instemming door derden met het huwelijk opleggen, is de rechtsfamilie van de islamitische rechtsstelsels wellicht het meest bekend. De figuur van de huwelijksvoogd is in het verleden vaak in verband gebracht met de problematiek van de moeilijke afgrenzing van gedwongen tegenover gearrangeerde huwelijken<sup>94</sup>. Het feit dat hem vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt verleend en dat huwelijken bij volmacht vaak mogelijk zijn, is daar niet vreemd aan. We zullen hieronder evenwel stilstaan bij o.m. de vaststelling dat de meeste betrokken rechtsordes de huwelijksvoogd geen beslissingsmacht meer verlenen.

**56.** De beoordeling gebeurt o.i. best in drie stappen, die elk afzonderlijk worden beoordeeld in het licht van de concrete omstandigheden.

**57.** De vereiste van de ouderlijke instemming dient o.i. in het licht van de huwelijksvrijheid buiten toepassing te worden verklaard als het een huwelijk van *meerderjarigen* betreft.

**58.** De vereiste van vertegenwoordiging bij de huwelijksluiting wordt door de huidige rechtspraak en rechtsleer als een vormvereiste gekwalificeerd<sup>95</sup>. Zoals gezegd kunnen de huwelijkskandidaten o.i. tegemoetkomen aan de

<sup>94</sup> In volgende uitspraken werd o.i. op grond van familiale inmenging nogal snel tot huwelijksdwang besloten: Rb. Mechelen 4 oktober 2001, A.R. nr. 01/555/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 20 september 2001, A.R. 01/498/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/241/C, *onuitg.* (het is ons onduidelijk waarom de vermelding dat de partners met elkaar in contact zijn getreden via de familie van de moeder van eiseres een aanwijzing zou moeten vormen van schijnhuwelijk); Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1582/A, *onuitg.* (het is ons onduidelijk waarom het gegeven dat de “man van zus eiseres de neef is van eiser” een aanwijzing zou moeten vormen van schijnhuwelijk); Rb. Nijvel 12 november 1996, A.R. 9382, *onuitg.* Er zijn ons echter minstens evenveel uitspraken bekend waarbij de rechter terecht weigerde aan te nemen dat de vertegenwoordiging door een huwelijksvoogd of de nauwe betrokkenheid van de familie op dwang zou wijzen: o.m. Rb. Leuven 1 december 1998, *T. Not.* 2000, 49; Vred. Antwerpen 9 oktober 1997, *R.W.* 1997-98, 1395, noot J. VERHELLEN; Brussel 21 maart 1995, A.J.T. 1994-95, 565; Rb. Luik 22 mei 1992, *aangeh.* door M. LIENARD-LIGNY, R.B.D.I. 1995, 701; Rb. Brussel 18 december 1990, *J.T.* 1991, 242.

<sup>95</sup> Cf. *infra*, randnrs 55 e.v. en 136 e.v.



grondvereiste van hun personele recht, als ze dat wensen, door de huwelijksvoogd aan te duiden als getuige bij de huwelijksvoltrekking.

De Belgische getuigenfunctie en de genoemde vertegenwoordigingsfunctie zijn o.i. m.n. onderling inhoudelijk adapteerbaar. Meerdere rechtsordes die de rechtsfiguur van de huwelijksvoogd hanteren vereisen m.n. sinds meerdere jaren dat de huwelijkskandidaten zélf expliciet toestemmen in het huwelijk. De vertegenwoordiging is hierdoor niet (langer) een vertegenwoordiging in de eigenlijke zin van het woord. De vereiste is – niet terminologisch, maar wél inhoudelijk – herleid tot een vereiste van schriftelijk bevestigde raadpleging en afwezigheid van verzet tegen het huwelijk. Ze sluit nauw aan bij de – ook Belgische – vormvereiste van een getuigenis, zij het dat ze gepersonaliseerd is.

**59.** Wensen de partners de huwelijksvoogd niet aan te stellen als getuige bij het huwelijk, dan gaan ze in vol besef het risico op een hinkend huwelijk aan. In meerdere gevallen zal het huwelijk hoedanook hinken. Een (louter) burgerlijk huwelijk wordt m.n. in meerdere van de betrokken rechtsstelsels niet erkend<sup>96</sup>.

**60.** Doordat de partijen de keuze worden laten om hun huwelijksvoogd al dan niet als getuige te laten optreden, hoeft overigens niet te worden onderzocht of het verschil in behandeling dat de vertegenwoordigingsvereiste instelt tussen man en vrouw gerechtvaardigd is<sup>97</sup>. De toepassing van de vereiste zou op vrijwillige basis steunen. De partijen kiezen er m.a.w. eveneens vrij voor om de ongelijke behandeling die ze instelt, al dan niet toe te passen.

**61.** Een huwelijk dat reeds is aangegaan in België wordt o.i. best louter beoordeeld op de geldige toestemming in hoofde van de meerderjarige huwelijkspartners zelf. Deze wordt in een derde stap geëvalueerd.

De huwelijksvorm van de vertegenwoordiging en van de huwelijksluiting bij volmacht zetten aan tot een waakzame evaluatie van de persoonlijke huwelijksinstemming bij de beoordeling van een huwelijk dat in het buitenland is aangegaan. Hier gaan we verder in dit hoofdstuk nader op in (randnrs 253 e.v.).

### **A.2.c. EVALUATIE VAN DE INSTEMMINGSVEREISTE, ZOWEL VOOR MINDERJARIGEN ALS VOOR MEERDERJARIGEN, IN HET LICHT VAN ONS AANKNOPINGSVOORSTEL**

**62.** We stelden in de tweede toegangspoort voor om voor de situatie van vreemdelingen met stabiel verblijf in België systematisch aan te knopen bij Belgisch recht, als recht van de Staat van stabiel verblijf. Is dergelijke verblijfspositie nog niet verworven, dan zou de huwelijkskandidaat de (eenmalige) keuze worden gelaten voor een aanknoping bij zijn nationale wet, bij

<sup>96</sup> Een dubbele huwelijksluiting biedt vermoedelijk vaak de enige oplossing: J.-Y. CARLIER, "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 453. Cf. *infra*, hoofdstuk 6 (huwelijksvormvereisten), randnrs 208 e.v.

<sup>97</sup> We maken deze oefening verderop niettemin (cf. *infra*, randnrs 136 e.v.) en gaan de verenigbaarheid van de regel met het gelijkheidsbeginsel na.

de wet van het voormalige stabiele verblijf of bij de Belgische wet. De gekozen aanknoping wordt bij voortgezet verblijf in België gehandhaafd tot het ogenblik waarop de betrokkene een stabiele verblijfshouding verwerft. Vanaf dat ogenblik wordt, zoals gezegd, zonder uitzondering aangeknoopt bij Belgisch recht.

**63.** Opteert de vreemdeling zonder stabiele verblijfshouding voor een aanknoping bij de *lex patriae* en voorziet die wet niet in een vervangende machtiging bij ouderlijke weigering om met het huwelijk van een minderjarige in te stemmen, dan is het aangewezen om systematisch de B.I.P.O.O.-exceptie op te werpen tegen de toepassing van de buitenlandse wet. De Belgische rechter zal in toepassing van de Belgische wet oordelen of een vervangende machtiging kan worden verleend in het belang van het kind.

Vereist de buitenlandse wet een ouderlijke instemming met het huwelijk van een meerderjarige, dan zal de B.I.P.O.O. eveneens in werking worden gesteld, in het licht van de huwelijksvrijheid.

**64.** Uit voorgaande beoordeling blijkt dat de optie voor een (voorlopig) behouden aanknoping bij de *lex patriae* in de praktijk slechts doorgang zou vinden als de instemmingsvereiste dezelfde principes hanteert als de Belgische regeling in dit verband. Een instemmingsvereiste t.a.v. meerderjarigen zou systematisch op de B.I.P.O.O.-exceptie stuiten. De optie is voor wat betreft de instemmingsvereiste m.a.w. niet alleen beperkt in de tijd (tot de betrokkene een stabiele verblijfshouding verwerft), maar bovendien zeer sterk geconditioneerd door de openbare-orde-toets.

We kiezen er niettemin voor om het optierecht in dit verband te handhaven. We beogen ons aanknopingsvoorstel doorgang te laten vinden voor het geheel van de bepalingen die verband houden met het ontstaan van gezinsleven<sup>98</sup>. Slechts als de B.I.P.O.O.-exceptie in meerdere verbanden met een grote regelmaat zou worden opgeworpen tegen de buitenlandse wet, menen we dat het is aangewezen om het voorstel van een optierecht te verlaten, wegens “niet efficiënt”.

Voorlopig houden we het voorstel alvast aan, in het licht van de internationale beslissingsharmonie en de juridische eenheid inzake personeel statuut. De buitenlandse instemmingsvereiste voor het huwelijk van minderjarigen zal immers wél vaak doorgang kunnen vinden. In het algemeen besluit van dit onderzoek zullen we evalueren of deze keuze gerechtvaardigd is gebleken na samenlezing van alle relevante bepalingen inzake gezinsvorming<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> We werken de voorstellen in dit verband m.b.t. de verhouding tussen volwassenen en kinderen evenwel niet nader uit.

<sup>99</sup> Cf. *infra*, randnr. 486.

## B. DE HUWELIJKSVEREISTE VAN INSTEMMING DOOR EEN ADMINISTRATIEVE OVERHEID MET HET HUWELIJK

**65.** We bespraken hierboven de vereiste van een ouderlijke instemming met het huwelijk. Daarnaast geldt zowel naar Belgisch als naar buitenlands recht t.a.v. bepaalde personen de vereiste dat een administratieve overheid voorafgaandelijk met hun huwelijk instemt<sup>100</sup>. We houden onze structuur aan die erin bestaat om eerst de voormalige en huidige invulling van de vereiste naar Belgisch recht te schetsen. Onze bevindingen daarbij nemen we vervolgens mee in onze evaluatie van de wijze waarop in het I.P.R. (best) met buitenlandse vereisten in dit verband wordt omgegaan.

### B.1. DE VEREISTE NAAR INTERN BELGISCH RECHT

**66.** Niet alleen waren meerderjarigen voorheen, m.n. tot 1983, onderworpen aan een ouderlijke instemming met hun huwelijksplannen. Ook gold t.a.v. bepaalde onder hen, n.a.v. hun beroep of functie met belang voor de natie, een inspraakrecht voor bepaalde administratieve overheden<sup>101</sup>. De voorwaarde heeft een territoriale werking, ongeacht de nationaliteit van de betrokkene<sup>102</sup>.

**67.** Lange tijd waren militairen<sup>103</sup> - behalve zij die op onbeperkt verlof waren of op verlof zonder wedde voor onbepaalde duur - en officieren<sup>104</sup> verplicht een voorafgaande toelating om te huwen te verkrijgen bij het ministerie van Defensie. Op leerlingen van de koninklijke militaire school rustte tot in de jaren 1980 een verbod om te huwen. Deze regeling werd verenigbaar bevonden met art. 12 en 14 E.V.R.M.<sup>105</sup>

**68.** Bovendien heeft lange tijd een huwelijksverbod gerust op elke man tussen 17 en 38 jaar die nog geen certificaat kon voorleggen waarin werd verklaard dat hij zijn legerdienst had vervuld<sup>106</sup>.

<sup>100</sup> Hierover o.m. C.A. CANO-TELLO, "Determinacion de los militares a quienes corresponde autorizar matrimonios y testamentos", *Revista General de Derecho* 1991, 1087-1093; K. WAHLER, "Politische Ehehindernisse im geltenden Recht europaischer und aussereuropaischer Staaten", *StAZ.* 1989, 182-186.

<sup>101</sup> Zie ook voor andere Staten, soms alleen m.b.t. nationaliteitsgemengde huwelijken: L. PALSSON (1974), nr. 111.

<sup>102</sup> Met uitzondering van de korte geldingsduur van de Conventie van Den Haag (van 1902 tot W.O. I) die stelde dat het recht om te huwen zonder uitzondering wordt beheerst door de nationale wet, ongeacht of regels van privaat dan wel publiek recht aan de orde zijn. Tijdens W.O. I hebben België en Frankrijk het Verdrag om deze reden opgezegd nadat ze in aanvaring waren gekomen met Duitsland naar aanleiding van het huwelijk in deze landen van enkele gedeserteerde Duitse soldaten: L. PALSSON (1981), 351.

<sup>103</sup> Art. 99 wet van 5 januari 1916 op de militie, B.S. 8 januari 1916 en K.B. van 2 september 1957, B.S. 15 september 1957.

<sup>104</sup> K.B. van 9 mei 1842 en 27 februari 1857.

<sup>105</sup> F. RIGAUX, *Les personnes*, o.c., 1971, nr. 975-977.

<sup>106</sup> H. DE PAGE, o.c., 757.

**69.** Het actieve kader van de Rijkswacht was tot 1994<sup>107</sup> onderworpen aan een verzwakte instemmingsvereiste, m.n. de mogelijkheid voor de militaire overheid om het huwelijk te verbieden op straffe van ontslag<sup>108</sup>.

**70.** Tot op vandaag geldt t.a.v. leden van de koninklijke familie de vereiste dat de Kamer voorafgaandelijk met hun huwelijk instemt<sup>109</sup>.

Het betreft een verbiedend grondbeletsel, zoals ook de voormalige instemmingsvereisten dat waren.

## **B.2. DE VEREISTE NAAR BUITENLANDS RECHT**

**71.** Op grond van de losbladige wettenreeks van BERGMANN en FERID en van de reeks Burgerlijke Stand van VANDE VELDE kunnen we volgend overzicht geven van buitenlandse wetten die een vereiste hanteren van administratieve instemming met het huwelijk.

**72.** Het Syrische familierecht kent tot op vandaag de vereiste dat de overheid instemt met het huwelijk van soldaten en mannen van dienstplichtige leeftijd<sup>110</sup>.

**73.** Naar Algerijns recht heeft een ambtenaar de toestemming nodig van de voogdij-autoriteit, een militair evenals elke man van dienstplichtige leeftijd die van de minister van Defensie, en een politievrouw kan slechts huwen als ze een vaste positie heeft verworven ('established' is) in het korps<sup>111</sup>.

Naar Iraans recht moeten medewerkers van andere ministeries dan dat van Buitenlandse Zaken<sup>112</sup> een dispensatie voor huwelijk verkrijgen; officieren behoeven een toelating van het ministerie van Defensie, beursstudenten van het ministerie van Cultuur. Een overtreding heeft slechts het verlies van de functie of beurs tot gevolg<sup>113</sup>.

**74.** Naar Braziliaans recht moeten een rechter, zijn griffier en bepaalde van hun

---

<sup>107</sup> Interne nota van de Rijkswacht van 1 juli 1994, gebaseerd op het K.B. van 17 juni 1994 betreffende de inwerkingtreding van bepalingen van de wet van 24 juli 1992 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de rechtstoestanden van het personeel van het actief kader van de rijkswacht en tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 1979 betreffende het ambt en de ambtsontheffing van het personeel van het operationeel korps van de rijkswacht, *B.S.* 28 juni 1994.

<sup>108</sup> Art. 45 voormalige Wet van 14 januari 1975 houdende het tuchtreglement van de krijgsmacht, *B.S.* 1 februari 1975 en K.B. 31 augustus 1976, *B.S.* 18 september 1976.

<sup>109</sup> Zie bv. K.B. van 19 september 1999 waarbij Zijne Koninklijke Hoogheid Prins Filip, Hertog van Brabant, Prins van België, toestemming wordt verleend om in het huwelijk te treden, *B.S.* 21 september 1999; K.B. van 19 december 2002 waarbij Zijne Koninklijke Hoogheid Prins Laurent, Prins van België, toestemming wordt verleend om in het huwelijk te treden, *B.S.* 28 december 2002.

<sup>110</sup> Art. 40 (1) d familiewet.

<sup>111</sup> J.J. NASIR, *The status of women under islamic law and under modern islamic legislation*, London, Graham and Trotman, 1990, 30.

<sup>112</sup> Voor hen geldt een huwelijksverbod.

<sup>113</sup> Art. 1061 Iraanse C.C.; BERGMANN en FERID, "Iran", *l.c.*, 23.

familieleden<sup>114</sup> een toelating krijgen van de gerechtelijke overheid om te huwen.

75. Voorheen heeft in bepaalde Staten van de V.S. nog een instemmingsvereiste gegolden bij huwelijksplannen met een gevangene<sup>115</sup>.

76. Naar Frans recht hebben tot de wet van 13 juli 1972 strenge vereisten gegolden voor Franse diplomatieke en consulaire ambtenaren, evenals voor bepaalde militairen<sup>116</sup>. De instemming van de bevoegde minister moest minstens twee maand vóór de afkondiging van het huwelijk worden aangevraagd. Huwelijksplannen met een vreemdeling werden beoordeeld door een speciaal opgerichte commissie en slechts uitzonderlijk toegestaan. Bij toelating werd overigens vereist dat de partner zo snel mogelijk de Franse nationaliteit zou aanvragen. Werd de vereiste genegeerd, dan diende de betrokkene te verschijnen voor een tuchtraad. De vereiste was gegrond op het openbaar belang, het belang van de natie en het recht op verdediging. Ze werden evenwel slechts als verbiedende beletselen toegepast.

De wet 13 juli 1972 heeft het beginsel van de huwelijksvrijheid centraal gesteld. Een instemming was voortaan nog slechts vereist voor bepaalde beroepsklassen<sup>117</sup>. De minister van Defensie diende zijn instemming te verlenen aan soldaten met dienst in het buitenland en aan beroepssoldaten die wensten te huwen met een vreemdeling of met een partner die een vreemd leger diende. Als rechtvaardiging voor de behouden instemmingsvereiste gold het belang dat de soldaat optimaal beschikbaar was voor het leger en van de vertrouwelijkheid van dossiers en verdedigingsstrategieën. Werd een huwelijk aangegaan zonder de vereiste instemming, dan hing de betrokkene een ontslag en een verlies van pensioenrechten en soldij boven het hoofd.

Ook van deze afgezwakte instemmingsvereiste werd na verloop van tijd erkend dat bepaalde kenmerken ervan een inbreuk vormden op de huwelijksvrijheid<sup>118</sup>.

In 1985 is de vereiste afgeschaft<sup>119</sup>. Consulaire ambtenaren zijn voortaan nog slechts verplicht om de bevoegde minister een maand voor hun huwelijksafkondiging in te lichten over hun huwelijksplannen en over de burgerlijke staat en nationaliteit van hun partner. De doelstelling blijft erin bestaan

<sup>114</sup> Ascendenten, descendenten, (schoon-)broers en (schoon-)zussen, neven en nichten: art. 183 XVI C.C.

<sup>115</sup> H. DOLLE, *Familienrecht*, Karlsruhe, Müller, 1964, I, 98.

<sup>116</sup> Hierover F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des Droits de L'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 147.

<sup>117</sup> Art. 14 wet.

<sup>118</sup> Concl. Regeringscommissaris Bacquet, C.E. 18 januari 1980, *A.J.D.A.* 1980, 101, en het arrest zelf waarmee de vroegere regeling onwettig is verklaard. De Raad van State steunde zijn uitspraak op art. 34 G.W. dat alle regels inzake staat persoon voorbehoudt aan de wetgever. De discretionaire beoordelingen van de administratie begingen een inbreuk op die grondwettelijke bepaling.

<sup>119</sup> Art. 68 Decreet 27 maart 1985, *J.O.* 30 maart 1985.

een voldoende waarborg te bieden voor het bewaren van nationale geheimen<sup>120</sup>.

77. Tot in 1981 werd naar Frans recht tevens vereist dat een vreemdeling die slechts tijdelijk in het land verbleef voorafgaandelijk aan zijn huwelijk een toelating van de préfecture bekam<sup>121</sup>. Een aantal Oost-Europese wetgevingen – o.m. die van Albanië<sup>122</sup>, Oost-Duitsland<sup>123</sup> en Roemenië<sup>124</sup> – stelden deze vereiste gedurende de Koude Oorlog t.a.v. elk gemengd huwelijk. O.m. de Libische en de Algerijnse familiewet doen dat tot op vandaag<sup>125</sup>.

### B.3. DE VEREISTE NAAR I.P.R.

#### B.3.A. DE VEREISTE BIJ HUWELIJKSSLUITING IN BELGIË

78. Voor zover we hebben kunnen achterhalen is de Belgische rechtspraak tot op vandaag niet geconfronteerd met de vraag om dit type van instemmingsvereiste naar buitenlands recht te erkennen in België.

79. De vereiste is vaak gekoppeld aan een bepaalde functie of status van nationaal belang in hoofde van de huwelijkskandidaat. Omwille van deze karakteristiek zal de vereiste niet vaak van toepassing zijn op huwelijken die worden beleefd buiten de landsgrenzen, in onze hypothese in België. Niettemin kan ze zich voordoen, o.m. m.b.t. militairen met een buitenlandse missie en diplomatiek personeel en bij incidentele huwelijksluiting in het buitenland van personen die gewoonlijk verblijven in hun herkomstland.

80. Uit de bovenstaande historische schets blijkt dat tot voor kort ook in o.m. België, Frankrijk en Duitsland een vereiste van administratieve instemming met het huwelijk gold t.a.v. meerderjarigen met een bepaalde sociale status. De vereiste blijft in België tot op vandaag voortbestaan t.a.v. leden van het Koningshuis.

81. Evaluaties van buitenlands recht moeten over het algemeen ingegeven zijn door historisch besef. Bepaalde rechtswaarden worden evenwel als dermate fundamenteel ervaren dat ze reeds kort na hun inpassing in het eigen recht ook

---

<sup>120</sup> F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 148.

<sup>121</sup> De vereiste was reeds bij haar invoering in 1938 door bepaalde auteurs als discriminatoir bestempeld: L. PALSSON (1981), nr. 64; X. PESENTI, "Les couples mixtes et étrangers au regard de la convention européenne des droits de l'homme", in H. FULCHIRON, o.c., 143, met verwijzing naar Rapport du Haut Conseil à l'Intégration: conditions juridiques et culturelles de l'intégration, la documentation française, 1992, 19; Rapport van de voorzitter van de Raad, Dalloz 1939, IV, 163. In de praktijk was het huwelijk slechts toegelaten voor vreemdelingen die toegelaten waren tot een verblijf van meer dan een jaar. X. PESENTI, *l.c.*, 144-145, bevond dergelijke verzwaring van de verblijfsvoorwaarden en van het huwelijksrecht ongeoorloofd.

<sup>122</sup> Albanees Decreet van 4 december 1966.

<sup>123</sup> § 18 van de voormalige Oostduitse wet van 5 december 1975.

<sup>124</sup> Art. 134 Roemeense C.C. Hierover P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 44.

<sup>125</sup> Zij het slechts in bepaalde streken: BERGMANN en FERID, "Libyen", *l.c.*, 9: wel Benghazi, niet Tripoli.

onverkort worden toegepast in het I.P.R.

Zo vergaat het o.i. ook de hier besproken vereiste. Het huwelijk van een meerderjarige afhankelijk stellen van een administratieve toelating dient te worden beoordeeld als strijdig met het mensenrecht van de huwelijksvrijheid<sup>126</sup> en mogelijk ook, bij ongelijke behandeling op grond van nationaliteit of religie, met het gelijkheidsbeginsel.

### **\* Schending van het mensenrecht van huwelijksvrijheid**

**82.** Dat het mensenrecht van de huwelijksvrijheid door genoemde vereiste wordt geschonden, wordt vandaag reeds overwegend<sup>127</sup> aangenomen in die gevallen waarbij *contractueel* een huwelijksverbod wordt opgelegd n.a.v. een bepaalde functie of staat. We zullen onze redenering verderop uitwerken, bij de bespreking van deze en andere buitenlandse huwelijksverboden. Hierover is ons m.n. rechtspraak bekend.

Een instemmingsvereiste kan evenwel op dezelfde lijn worden geplaatst: een weigering van de aangewezen autoriteit om met het huwelijk in te stemmen komt immers neer op een verbod. Ook indien vervangende machtigingen kunnen worden verleend, handhaaft elke weigering daarvan een concrete schending van het mensenrecht. Een systematische vervangende machtiging zou impliciet tot dezelfde conclusie leiden als een weigering om de vereiste toe te passen.

**83.** Meerdere auteurs en instanties, waaronder de C.I.E.C., beoordelen de vereiste o.i. terecht als algemeen strijdig met art. 12 E.V.R.M.<sup>128</sup>. Andere beperken dit oordeel vooralsnog tot de hypothese van een nationaliteitsgemengd huwelijk waarbij slechts de personele wet van één partner de genoemde vereiste

<sup>126</sup> Zie ook o.m. H. DOLLE, o.c., 98; LAMBOLAY, "Mariage", *J. Cl. Civ.*, art. 165-169; MÜLLER-GINDULLIS, "BGB V/I, Einleitung", in *Münchener Kommentar*, München, 1989, 19; M. NYS (2002) randnr. 267 en 628; T. RAMM, *Grundgesetz und Eherecht*, Tübingen, 1972, 25. Zie ook Tb. Adm. Paris 2 februari 1981, *R.C.D.I.P.* 1983, somm. 686, m.b.t. de vroegere Franse vereiste in dit verband (art. 13 Ord. nr. 45-2658 van 2 november 1945, J.O. 4 november 1945 (afgeschaft bij art. 9 wet nr. 81-973 van 29 oktober 1981 "relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France").

<sup>127</sup> Cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 4 (buitenlandse huwelijksbeletselen), randnr. 179, m.b.t. de uitzondering van de *Tendenzbetriebe*.

<sup>128</sup> Art. I.2 C.I.E.C. Recommandation n° 2 relative au droit du mariage, 8 september 1976, in CIEC, Conventions et recommandations (1956-1987), Straatsburg, C.I.E.C., 1988, 334, beoogt een verbod in te stellen op vereisten van administratieve toelating of "justification de la situation professionnelle ou militaire"; F. BOULANGER (1992), 136-137; P. MAYER (1994), nr. 552: "certaines prohibitions étrangères peuvent cependant paraître restreindre à l'excès la liberté de se marier". Als voorbeeld haalt hij het huwelijksverbod t.a.v. priesters aan en de vereiste overheidsinstemming met een huwelijk van ambtenaren en militairen; impliciet: L. WALLEYN, "Recht op huwelijk en gezinsleven voor niet-verblijfsgerechtigde vreemdelingen", in X., *Jaarboek Mensenrechten 1996-1997*, Antwerpen, Maklu/UFSIA, 1997, 149. Zie evenwel F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des Droits de L'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 148, die meent dat indirecte druk niet volstaat om tot een schending van art. 12 E.V.R.M. te besluiten. M.b.t. de vereiste t.a.v. militairen en hoge ambtenaren verwijst ze overigens naar een ruime appreciatiemarge in het licht van de doelstelling om het grondgebied te verdedigen.

oplegt<sup>129</sup>. Zij lezen in de vereiste tevens een schending van het gelijkheidsbeginsel.

De E.C.R.M. onderkende alvast een schending in de beperkingen op het recht om te huwen in hoofde van gedetineerden<sup>130</sup>.

**84.** Een negatie van de vereiste door een huwelijkskandidaat die eraan is onderworpen, kan o.i. hoogstens het verlies van de functie of staat waaraan ze was verbonden tot gevolg hebben. Ook op de grenzen van dergelijke sanctie gaan we in een volgende titel nader in<sup>131</sup>.

**85.** De ambtenaar van de burgerlijke stand kan een huwelijksvoltrekking op de genoemde grond niet weigeren. Dit geldt o.i. eveneens internrechtelijk m.b.t. de instemmingsvereiste in hoofde van de Kamer voor leden van het Koningshuis, te meer aangezien deze vereiste niet staat ingeschreven in het Burgerlijk Wetboek.

### **\* Soms tevens schending van andere grondbeginselen**

**86.** Bepaalde vereisten stuiten bovendien ook om andere redenen op de openbare orde. We denken o.m. aan de vroegere vereiste naar Frans recht en bepaalde Oost-Europese wetgevingen t.a.v. een vreemdeling die slechts tijdelijk in het land verbleef om voorafgaandelijk aan zijn huwelijk een toelating aan de préfecture te vragen. In enkele Islamitische rechtsstelsels, o.m. die van Algerije, Iran, Syrië en Saoedi-Arabië, bestaat een gelijkaardige regeling voor nationaliteits- of geloofsgemengde huwelijken<sup>132</sup>.

**87.** Het Hof voor de Mensenrechten heeft zich vooralsnog niet moeten uitspreken over de verenigbaarheid van dergelijke raciale en religieuze beletselen met art. 12 E.V.R.M. Het V.N.-Comité voor de Mensenrechten veroordeelde ze reeds in de zaak-Lovelace en Cziffra and nineteen other Mauritian women<sup>133</sup>. De vereiste is strijdig met art. 5 D-IV anti-racismeverdrag<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> Rb. Almelo 18 juni 1955, *N.J.* 1955, nr. 774; Rb. Bordeaux 18 januari 1882, *J.D.I.* 1882, 539, wierp de exceptie van openbare orde op tegen een vereiste van administratieve toestemming door de Beierse wet. Deze eiste dat een onderdaan die in het buitenland wenste te huwen, vooraf een administratieve toelating daartoe verkreeg. De rechter steunde zijn uitspraak mede op de vaststelling dat de betrokken wetten (de Beierse wet en de Spaanse (lex loci celebrandi) wet) toelieten dat het voordeel van een putatief huwelijk werd verleend bij goede trouw; J. DE BURLET (1987), nr. 1524; K. WAHLER, "Chronique de jurisprudence ouest-allemande en matière de droit international privé (1956-1962) (suite)", *J.D.I.* 1963, 1110-1112; L. PALSSON (1981), 352.

<sup>130</sup> E.C.R.M. nr. 7114/75, zaak-Hamer t. VK, 13 december 1979, *D&R* 24, 5 (expliciet m.b.t. de vereiste van bijkomende formaliteiten); E.C.R.M. nr. 8186/78, zaak-Draper t. V.K., 10 juli 1981, *D&R* 1981, afl. 24, 72.

<sup>131</sup> Cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 4 (buitenlandse huwelijksbeletselen), randnr. 177.

<sup>132</sup> O.m. art. 40 (1) e Syrische familiewet; J.J. NASIR, *The status of women under islamic law and under modern islamic legislation*, London, Graham and Trotman, 1990, 30.

<sup>133</sup> VN-Mensenrechtencomité, arrest-Lovelace, comm. nr. 24/1977, 29 december 1977, *aangeh.* in COMITE DES DROITS DE L'HOMME, *Sélection de décisions prises en vertu du protocole facultatif (pacte international aux droits civils et politiques)*, New York, Nations Unies, 1988.

<sup>134</sup> P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 44.



**88.** De voormalige E.C.R.M. oordeelde daarentegen in de zaak Klip en Krüger t. Nederland dat de vereiste van een voorafgaande geschreven verklaring van de vreemdelingendienst toelaatbaar is<sup>135</sup>. Een verschil in behandeling tussen gemengde en niet-gemengde huwelijken is toelaatbaar. We kunnen ons moeilijk verzoenen met deze stelling<sup>136</sup>.

**89.** De rechtbank van het Nederlandse Almelo heeft in 1955 geoordeeld dat de Hongaarse bepaling die het huwelijk van een onderdaan met een vreemdeling afhankelijk stelt van een presidentiële toelating, niet moest worden toegepast<sup>137</sup>. Ook al stelt het Haagse verdrag van 1902 dat alle beletselen moeten worden toegepast tenzij ze louter religieus zijn geïnspireerd, *in casu* besloot de rechter evenwel van deze bepaling af te wijken. Zijn motivering was uiterst sumier ("dat het verzoek niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt"). We gaan ervan uit dat de rechter de vrouw in haar argumentering is gevolgd dat het slechts een beletsel met territoriale werking betrof en dat het tevens strijdig was met het beginsel van bescherming tegen overheidsinmenging en discriminatie in persoonlijke, familiale en huwelijksaangelegenheden, zoals neergelegd in art. 2, eerste lid, 7, 12 en 16 U.V.R.M.

**90.** Ook Franse rechtspraak heeft de gelegenheid reeds aangegrepen om de vereiste strijdig te verklaren met de openbare orde<sup>138</sup>.

**\* Geen kwalificatie als vereiste met territoriaal beperkte toepassingsfeer, als de vereiste is opgenomen in de huwelijkswet**

**91.** Bepaalde auteurs menen dat de vereiste naar buitenlands recht om nog een andere reden niet moet worden toegepast in België. De vereiste zou een publiek karakter hebben en daarom enkel gelden in de instellende rechtsorde zelf<sup>139</sup>. De

<sup>135</sup> E.C.R.M. nr. 33257/96, zaak-Klip en Krüger t. Nederland, 3 december 1997, *D&R* 91-A, 66.

<sup>136</sup> Zie ook: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, Het artefact van het schijnhuwelijk, o.c., 56; X. PESENTI, "Les couples mixtes...", *I.c.*, 145.

<sup>137</sup> Rb. Almelo 18 juni 1955, *J.D.I.* 1959, 474, *N.J.* 1955, nr. 774.

<sup>138</sup> C.E. fr. 15 december 2000, noot J.J. LEMOULAND, *D.* 2002, Somm., 533; Tb. Bordeaux 18 januari 1882, *J.* 1882, 539.

<sup>139</sup> H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, L.G.D.J., 1983, 44-45; J.M. BISCHOFF, *Répertoire Dalloz, Droit international*, 1998, V° Mariage, nr. 61 (zie ook reeds "Mariage", in *Rép. Dalloz Dr. Int.*, 1970, nr. 43). De vereisten betreffen ook volgens J. DE BURLET (1987), nr. 1524, niet de staat en bekwaamheid sensu stricto en hebben geen invloed op de geldigheid van het huwelijk. DE BURLET geeft in bedekte termen, maar niettemin duidelijk aan dat de vreemdeling kiest voor het risico van een hinkend huwelijk; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (2001), 368; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napels, Jovene, 1971, 102-103; P. NIBOYET, o.c., V, nr. 1491; L. PALSSON (1981), 165 en 346; F. SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, Rousseau, 1890, nr. 291, p. 416, tekst en noot 1; VAN SASSE VAN YSSELT, "Die wesentliche Merkmale des niederländischen personenstands-, Ehe- und Kindschaftsrechts und dessen berührungspunkte zum Deutschen Recht", *StAZ* 1966, 193. *Contra*: Rb. 's Hertogenbosch 4 januari 1917, *Kosters en Bellemans*, 141; Rb. Dordrecht 4 oktober 1917, *Kosters en Bellemans*, 145; Rb. Haarlem 1 september 1918, *Kosters en Bellemans*, 151; Rb. 's Gravenhage 4 april 1930, *N.J.* 1930, 1138; Rb. Arnhem 26 januari 1970, *N.J.* 1970, nr. 423; F. GAMILLSCHEG, *Kommentar*, "Art. 13", nr.

voorlegging van een document dat aangeeft dat aan de vereiste is voldaan, is slechts een vormvoorwaarde die niet geldt bij huwelijkssluiting in België, ook niet bij opzettelijke *forumshopping*<sup>140</sup>.

92. AUDIT<sup>141</sup> werpt de eerste stelling tegen dat de buitenlandse wet moet worden toegepast in het domein waarop hij betrekking heeft. *In casu* is dat een privaatrechtelijk domein.

93. Wij sluiten ons hierbij aan voor zover de vereiste in de huwelijkswet is neergeschreven. De buitenlandse huwelijksvereiste is in dat geval een grondvereiste met een, via de I.P.R.-regels, mogelijk grensoverschrijdende werkingssfeer. *In concreto* zal ze evenwel systematisch de B.I.P.O.O.-exceptie worden tegengeworpen<sup>142</sup>.

### B.3.B. DE VEREISTE BIJ HUWELIJKSSLUITING IN HET BUITENLAND

94. Een huwelijk dat in het buitenland is aangegaan in overtreding van een vereiste van administratieve instemming kan bijgevolg in België worden erkend, mits geen andere nietigheidsgronden rijzen. Het risico op een hinkende rechtspositie wordt bij de betrokkenen gelegd.

Het beginsel van de huwelijksvrijheid laat ons geen andere keuze.

Twee elementen bevestigen bovendien dat deze aanpak de internationale beslissingsharmonie niet noodzakelijk hoeft te schenden.

Ten eerste vermoeden we dat in de meeste rechtsordes de niet-naleving van de vereiste niet wordt gesanctioneerd met nietigheid<sup>143</sup>. Is de instemmingsvereiste er, zoals ook in België, slechts een prohibitief huwelijksbeletsel, dan staat de overtreding ervan de geldigheid van het huwelijk, eens het is aangegaan, niet in de weg. Meerdere Staten stellen zich bij I.P.R.-aangelegenheden overigens soepel op jegens huwelijken die in overtreding van het beletsel zijn aangegaan<sup>144</sup>.

---

457, 461-462; P. GRAULICH, o.c., 156; A. MIELE, *Il matrimonio dello straniero in Italia*, Padua, 1972, 161-165; GOTZ, "Die Eheschliessung", in *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, art. 105, nr. 29.

<sup>140</sup> J. DE BURLET (1987), nr. 1524. In deze zin reeds: Min. Beslissing van 24 juni 1875 en 6 januari 1876; art. 1937 Algemene Instructie van Henegouwen, *aangeh.* in J. DE BURLET (1987), nr. 1524.

<sup>141</sup> B. AUDIT (2000), 545.

<sup>142</sup> Zie ook H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, L.G.D.J., 1983, 45, die het meer aangewezen achten om de exceptie in te roepen, dan een niet-toepasselijkheid t.g.v. het publiekrechtelijke karakter van de regel.

<sup>143</sup> O.m. de Boliviaanse en de Braziliaanse wet vermelden de overtreding van het beletsel niet als grond tot nietigverklaring van het huwelijk. BERGMANN en FERID, "Iran", *I.c.*, 23, noot 30, geven aan dat een overtreding slechts een verlies van de functie of het voordeel dat de betrokkene geniet, tot gevolg heeft. Zie ook de voormalige Franse vereisten in dit verband. De andere genoemde regelgevingen zijn algemeen vaag wat betreft de sanctie bij overtreding. De Syrische familiewet bv. vermeldt de vereiste slechts bij de vormvereisten voor het huwelijk. J.J. NASIR (1990), 265-277, neemt het beletsel overigens niet op in zijn ontwerp van "Unified Arab Law for Personal Status".

<sup>144</sup> L. PALSSON (1981), nr. 59 e.v., verwijst vnl. naar de common law-stelsels die zich dermate

Ook de toelating van *renvoi*, o.m. door de Franse rechter<sup>145</sup>, en de vaststelling dat wetsontduiking door het huwelijk te voltrekken in het buitenland in vele landen door de vingers wordt gezien<sup>146</sup> of dat de vereiste niet voldoende belangrijk wordt geacht om er een vordering over in te stellen<sup>147</sup>, of dat de rechter meent dat het personele recht slechts richtinggevend en niet beslissend is<sup>148</sup>, laten toe om te concluderen dat de vereiste binnen de huidige regeling niet de grootste prioriteit wegdraagt in de instellende rechtsordes.

**95.** Dit leidt tot de vaststelling dat een huwelijk kan worden aangegaan zonder acht te slaan op de vereiste, zonder dat hier onafwendbaar uit voortvloeit dat het huwelijk gaat hinken. Een andere conclusie zou evenwel ons oordeel niet beïnvloeden: een redelijke toepassing van het beginsel van de huwelijksvrijheid staat centraal bij de beoordeling van Belgische en buitenlandse huwelijksvereisten.

### **B.3.c. BEOORDELING VAN ONZE EVALUATIE IN HET LICHT VAN ONS AANKNOPINGSVOORSTEL**

**96.** We stelden in de tweede toegangspoort voor om voor vreemdelingen met stabiel verblijf in België systematisch aan te knopen bij Belgisch recht, als recht van de Staat van stabiel verblijf. Is dergelijke verblijfsspositie nog niet verworven, dan zou de huwelijkskandidaat de (eenmalige) keuze worden gelaten voor een aanknopning bij zijn nationale wet, bij de wet van het voormalige stabiele verblijf of bij de Belgische wet. De gekozen aanknopning wordt bij voorgezet verblijf in België gehandhaafd tot het ogenblik waarop de betrokkene een stabiele verblijfsspositie verwerft.

**97.** *In casu* zal bij behouden aanknopning bij een wet die de genoemde instemmingsvereiste oplegt systematisch de B.I.P.O.O.-exceptie tegen de toepassing van de bepaling worden opgeworpen. Binnen de huidige aanknopingsregeling dient dat te gebeuren t.a.v. elke vreemdeling wiens nationale wet één van de genoemde schendende beginselen oplegt.

---

soepel opstellen dat ook een huwelijk dat opzettelijk in het buitenland werd aangegaan om de instemmingsvereiste naar nationaal recht van de betrokkenen te ontduiken, desgevallend met opgave van een verkeerde leeftijd aan de bevoegde autoriteit, slechts uitzonderlijk aanleiding gaf tot nietigverklaring van het huwelijk.

<sup>145</sup> L. PALSSON (1981), nr. 59.

<sup>146</sup> L. PALSSON (1981), nr. 103.

<sup>147</sup> O.m. in Duitsland en Zweden: L. PALSSON (1981), nr. 103.

<sup>148</sup> Bv. in België, Nederland en Duitsland: L. PALSSON (1981), nr. 103. Zie o.m. Brussel 16 december 1959, *J.T.* 1960, 296; Rb. Brussel 16 december 1967, *J.T.* 1970, 68.

## C. DE VEREISTE VAN EEN PERSOONLIJKE EN VRIJE TOESTEMMING DOOR DE HUWENDEN

### C.1. INLEIDING

98. De toestemmingsvereiste<sup>149</sup> vervult in het huwelijksrecht een centrale rol. Meerdere andere huwelijksvereisten, waaronder de leeftijdsvereiste<sup>150</sup> en de vormvereiste van verschijning voor de ambtenaar van de burgerlijke stand<sup>151</sup>, zijn erdoor geïnspireerd. Het huwelijk is, naast het feit dat het in ons recht voornamelijk wordt beschouwd als een instituut, ook een *contract*. De toestemming tot dat *contract* staat even centraal als in andere *contractshypotheses*. Het persoonlijke karakter van het *contract* laat - meer nog dan andere *contractsvormen*<sup>152</sup> - ruimte voor een gepersonaliseerd oordeel inzake de bekwaamheid en wil om het *contract* aan te gaan<sup>153</sup>. Dit verklaart o.i. mede waarom de regeling inzake dispensatie van de leeftijdsvereiste dermate flexibel is, zoals we hierboven reeds hebben geïllustreerd.

99. De gepersonaliseerde benadering verklaart waarom de vrijheid van de gegeven toestemming streng wordt gecontroleerd<sup>154</sup>.

---

<sup>149</sup> Art. 146 B.W.

<sup>150</sup> E. SCHWELB, "Marriage and Human Rights", A.J.C.L. 1963, 337-383.

<sup>151</sup> Dit zal blijken uit het hierna volgende onderzoek, in het bijzonder wat betreft het postume huwelijk.

<sup>152</sup> Voor meerdere rechtshandelingen is wettelijk een leeftijdsgrens bepaald vanaf wanneer een minderjarige reeds over een beperkte handelingsbekwaamheid beschikt. Zo kan een kind vanaf 12 jaar als procespartij optreden inzake jeugdbeschermingsmaatregelen die t.a.v. hemzelf worden gevorderd. Vanaf 16 jaar heeft het beperkte legataire bekwaamheid. Behalve in geval van ouderlijk verzet kan het zelf zijn loon en sociale zekerheidsuitkeringen in ontvangst nemen en kan het vanaf de leeftijd van 16 jaar maandelijks een maximumbedrag van een eigen bankrekening opvragen (art. 2, lid 3 Wet Bankverrichtingen Minderjarigen). Het kan tevens met stilzwijgende instemming van een van zijn ouders een arbeids*contract* aangaan of beëindigen. Daarnaast is elk kind beperkt procesbekwaam, m.n. voor het instellen van een vordering om dispensatie van de huwelijksleeftijd te bekomen en voor het instellen van een onderhoudsvordering tegen de ouders. Elk kind kan tevens een spaar- of depositoboekje openen (art. 2, lid 2 Wet Bankverrichtingen Minderjarigen) en kan verzet doen tegen orgaantransplantatie post mortem (art. 10 § 2, lid 1 en 2 Orgaantransplantatiewet).

<sup>153</sup> Het huwelijks*contract* onderscheidt zich op meerdere punten van andere *contracten* of plechtige handelingen, o.m. op het vlak van de striktheid waarmee met formaliteiten wordt omgegaan. Een authentiek testament dat naar vorm nietig is, kan alsnog de waarde van een internationaal testament worden toebedeeld: Brussel 12 oktober 1993, *Not. Fisc. M.* 1995, 15, noot M. PUELINCKX-COENE. Een huwelijk dat niet officieel is geregistreerd, is naar Belgisch recht strikt genomen (zie evenwel *infra*, hoofdstuk 6 (vormvereisten), randnr. 150, bepaalde rechtspraak m.b.t. ongeldige religieuze huwelijken) 'onbestaand', waardoor het niet eens mogelijk is het voordeel van putatief huwelijk te verlenen in het kader van een nietigverklaring (*cf. infra*, randnrs 352 en 459-465 en hoofdstuk 6 (vormvereisten), randnr. 150).

<sup>154</sup> Een strenge aanpak blijkt reeds uit de Strafwet: een ambtenaar die zich niet van de toestemming vergewist, riskeert een boete: art. 265 Sw.

Rechtspraak en rechtsleer stellen evenwel unaniem de distributiviteit van de toestemmingsvereiste voorop (Cass. 2 april 1981, *Pas.* 1981, I, 835, concl. J. VELU, *R.W.* 1982-83, 922, noot J. ERAUW, *De Verz.* 1982, 369, noot R.B., *R.C.J.B.* 1983, 499, noot F. RIGAUX, *R.C.D.I.P.* 1983, 53, noot M. VERWILGHEN; Luik 6 februari 1980, *J.T.* 1980, 492; Rb. Aarlen 16

Centraal staat de vraag op welke gronden wetgeving en rechtspraak besluiten tot het al dan niet bestaan van een gebrek in of afwezigheid van toestemming.

**100.**Eén van de voornaamste vragen daarbij is die naar de rol van de huwelijksvorm bij de beoordeling van de toestemming. Volstaan feitelijke elementen, getuigenissen, vermoedens om tot een echte en vrije toestemming te besluiten? Of noodzaakt de geldigheid van een huwelijk tussen Belgen of aangegaan in België tot een zekere formele vastlegging ervan? Worden huwelijken van vreemdelingen of huwelijken die zijn aangegaan in het buitenland soepeler beoordeeld?

**101.**Deze vragen naar de vorm groeien vanuit de vaststelling dat naar Belgisch recht de toestemming wordt gecontroleerd door de ambtenaar van de burgerlijke stand op het ogenblik van de persoonlijke verschijning<sup>155</sup>. Een verschijning op het ogenblik van de huwelijksaangifte volstaat niet. De huwelijksvoltrekking is een formeel gebeuren.

**102.**Dit roept de vraag op naar de wijze waarop de oprechtheid van een postuum huwelijk, een retroactief huwelijk en een huwelijk bij volmacht of vertegenwoordiging kan worden gewaarborgd.

**103.**De analyse van de houding die de interne rechtspraak doorheen de afgelopen veertig jaar heeft ontwikkeld ten aanzien van elementen die moeilijk te beoordelen zijn, zoals de vrije toestemming, nodigt uit tot een vergelijking met de houding t.a.v. vreemde cultuurelementen. In beide gevallen wordt een buitenstaander (de rechter als derde t.a.v. de verhouding en de rechter als derde t.a.v. de vreemde cultuur) verzocht om een objectief oordeel te vellen over een situatie die hij onmogelijk volledig kan inschatten. De situatie is m.b.t. vreemdelingen nog ietwat complexer in die zin dat de rechter wordt

---

januari 1973, *J.L.M.B.* 1973-74, 156 en *Rev. crit. D.I.P.* 1973, 322, noot M. VERWILGHEN; P. GRAULICH, *Principes de Droit international privé*, Paris, Sirey, 1961, nr. 152; L. PALSSON, "Marriage and divorce", in *International Encyclopedia of comparative law*, III, ch. 16, 1978, nrs. 43-44; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 328; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 221; G. VAN HECKE en F. RIGAUX (1991), 148 (impliciet). Frans recht: Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (1996), 336, nr. 303. Zie ook art. 5 Convention franco-marocaine). Dit wekt verwondering, aangezien de belangrijkste grondvoorwaarden, m.n. het beletsel van de te nauwe verwantschap (incest), het verbod van polygamie, het verbod van kinderhuwelijken en het beletsel op medische gronden, nl. in geval van erfelijke ziekten (J. ERAUW, *Beginnselen van internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 150; I. D'HAeyer, *Belgische internationaal privaatrecht*, A.J.T.-memo's, Gent, Mys en Breesch, 1998, 29; A. HEYVAERT, *Internationaal privaatrecht – een inleiding*, o.c., 118; F. RIGAUX en M. FALLON (1979), 248-249 en (1993), 218), overwegend als bilaterale of cumulatieve vereisten worden beschouwd (wij bepleiten evenwel alvast een tegengestelde kwalificatie als unilateraal beletsel voor het polygamieverbod: cf. *infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 3, randnr. 17). Deze vaststelling neemt evenwel niet weg dat de vereiste met grote omzichtigheid wordt toegepast: cf. *infra*.

<sup>155</sup> Bovendien is ook binnen de westerse stelsels niet steeds onbetwist aangenomen dat de toestemmingsvereiste een essentiële grondvereiste is van het huwelijk. In Engeland kwalificeerde een rechterlijke uitspraak, zij het achteraf veelvuldig bekritiseerd, de toestemming als vormvereiste: arrest-Ogden vs. Ogden, *aangeh.* in L. PALSSON, "Marriage and divorce", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, Ch. 16, 1978, nr. 86.

geconfronteerd met een dubbele invloed die moeilijk te controleren valt: de invloed van de persoonlijke beleving, die eigen is aan elk individu, en de invloed op deze beleving van vreemde groepsgebonden culturele en godsdienstige invloeden. Het geheel wordt dan nog eens ingekleurd door de persoonlijke evaluatie door de rechter van de wijze waarop beide invloeden interageren.

**104.**De moeilijkheid in dit verband is dat niet met objectieve zekerheid tot een wilsgebrek zoals dwang of onbekwaamheid om in het huwelijk toe te stemmen, kan worden besloten, ongeacht of het nu Belgen of vreemdelingen betreft. De grens tussen een gearrangeerd huwelijk en een gedwongen huwelijk, tussen een verstandshuwelijk en een schijnhuwelijk, tussen een postuum huwelijk en een schijnhuwelijk, tussen een huwelijk bij volmacht of met vertegenwoordiging en een gedwongen huwelijk is niet steeds duidelijk. Retroactieve huwelijken doen de vraag rijzen of van een huwelijkstoestemming kan worden gesproken voor de periode die de huwelijksakte voorafgaat.

**105.**De hierna volgende analyse van Belgische rechtspraak is erop gericht de beginselen bloot te leggen die de huidige beoordeling van de toestemmingsvereiste richting geven. Vooreerst staan we stil bij vragen omtrent de wijze en het tijdstip van de toestemming, m.a.w. de vraag naar het persoonlijke karakter van de toestemming. Het huwelijk bij volmacht, het huwelijk bij vertegenwoordiging, het postume en het retroactieve huwelijk worden onder de loep genomen. Vervolgens gaan we in op gebreken in de toestemming van de huwelijkskandidaat of gehuwde. Deze gebreken kunnen het gevolg zijn van externe invloeden of van interne beweegredenen. Externe invloeden kunnen o.m. dwang, geweld en dwaling zijn. Wilsgebreken t.g.v. interne beweegredenen kunnen blijken bij een voorwaardelijk huwelijk – we staan nader stil bij o.m. de functie van de bruidsgift en de beoordeling van een louter religieus huwelijk – of een schijnhuwelijk.

## **C.2. HET PERSOONLIJKE KARAKTER VAN DE TOESTEMMING IN HET HUWELIJK**

**106.**Vooreerst gaan we na in hoeverre de toestemming als geldig kan worden beoordeeld als ze wordt gegeven door een derde of als er geen voldoende bewijs is dat de partners – al dan niet oprecht – in het huwelijk hebben toegestemd. Dat laatste is het geval als de toestemming wordt afgeleid uit feiten die niet worden aangevuld met de formele vereisten van de *lex loci celebrationis*, zoals bv. een persoonlijke verschijning voor de ambtenaar van de burgerlijke stand.

**107.**De vrije toestemming wordt m.a.w. mede getoetst aan de vormvereisten van het huwelijk. Gezien hun vage afgrenzing t.a.v. de toestemmingsvereiste en het feit dat bepaalde buitenlandse rechtssystemen bepaalde voorwaarden betreffende de wijze van huwelijksluiting kwalificeren als grondvoorwaarde, bespreken we ze hieronder in het licht van de toestemmingsvereiste.

### C.2.a. Het huwelijk bij volmacht

#### \* **Verbod naar Belgisch recht om een huwelijk bij volmacht aan te gaan in België**

**108.** Een huwelijks toestemming kan in België niet plaatsvinden bij volmacht<sup>156</sup>. De enige uitzondering op dit verbod doorheen de geschiedenis van het Belgische recht betreft de toelating om in oorlogsperiode bij volmacht in het huwelijk te treden<sup>157</sup>. Buiten oorlogsperiode dienen alle huwelijkskandidaten persoonlijk toe te stemmen op het ogenblik van huwelijks sluiting, ook al zijn ze nog minderjarig. Het huwelijk wordt naar intern Belgisch recht als een dermate belangrijke en persoonlijke handeling beschouwd dat vertegenwoordiging is uitgesloten<sup>158</sup>. Vanuit die opvatting wordt ook in het I.P.R. streng opgetreden tegen huwelijken bij volmacht<sup>159</sup>. Ze kunnen niet in België worden aangegaan<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> W. DELVA, *Personen- en familierecht* 2A, Gent, Story, 1978, 50-51 en "Het aangaan van het huwelijk", *T.P.R.* 1975, 34; F. LAURENT, o.c., II, nr. 321; J.-P. MASSON, "Le consentement des ascendants au mariage de leurs descendants majeurs", *Ann. Not.* 1970, nr. 12; H. WILLEKENS, "Art. 146 B.W.", in *Comm. Pers.* (1991), nr. 3. Zie ook Gent 13 februari 2001, A.R. 2001/769, *onuitg.*: nietigverklaring van het huwelijk door een derde onder de naam van appellant. Gezien zijn afwezigheid bij de huwelijks sluiting kan appellant niet de intentie hebben gehad om een levensgemeenschap aan te gaan. In dezelfde zin: Brussel 21 maart 1995, A.J.T. 1994-95, 565; Rb. Rotterdam 7 januari 1980, *N.I.P.R.* 1984, 238. Dergelijk huwelijk is strijdig met de openbare orde: Antwerpen, 1996/AR/3308 en 1996/AR/3442 van 4 november 1997, *onuitg.*

<sup>157</sup> Wetsbesluit van 30 mei 1916; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, II, Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1990, 530. De regeling werd bij K.B. reeds eenmalig uitgebreid tot een hypothese waarbij België niet in oorlog was, maar een expeditie stuurde naar Korea: K.B. van 26 juni 1951 in uitvoering van de wet van 30 mei 1951. Voor een beperking tot oorlogstijden: zie ook het Franse en Italiaanse recht. Naar Oostenrijks recht was een huwelijk bij volmacht algemeen toegelaten tot het eind van de jaren 1930: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 39.

<sup>158</sup> *Gedr. St. Kamer* 1988-89, nr. 42/3, 22.

<sup>159</sup> Naar Pakistaans recht is een huwelijk bij volmacht mogelijk bij brief of vertegenwoordiging. De vrouw geeft haar toestemming in het bijzijn van twee getuigen: X., "National reports, "P", vol. I", *I.E.C.L.* 1996, 9. Ook naar Kroatisch recht is een huwelijk bij volmacht mogelijk mits de partner zelf niet kan verschijnen en van de autoriteiten de toelating bekam om te huwen. Deze toelating is slechts 90 dagen geldig: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 38. Naar Tsjechisch, Slovaaks en Cubaans recht kan de volmacht bij gewoon geschrift worden verstrekt. Naar Pools recht dient de volmacht notarieel opgesteld te zijn. Het Poolse en Argentijnse recht staan bovendien een aanverwante huwelijksvorm toe: het huwelijk op afstand. Hierover F. BOULANGER (1992), 136. Hierover ook D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 82-83: vooral islamitisch of katholiek geïnspireerde rechtssystemen kennen het huwelijk bij volmacht en het huwelijk per post. Het huwelijk per post bestond in Frankrijk tijdens en kort na WO II. De brief werd overhandigd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van de bruid. Zij kon voor hem verschijnen en haar toestemming in het huwelijk geven. Het huwelijk ging vervolgens retroactief in vanaf het ogenblik dat de man zijn toestemming op papier had gezet. Hierdoor kon bij tussentijds overlijden van de man toch nog van een geldig huwelijk worden gesproken. In Duitsland gold een gelijkaardige mogelijkheid van 1939 tot na WO II. In de V.S. is het huwelijk per post ingevoerd in dezelfde periode, en wordt het nog steeds erkend in die Staten die het common law-huwelijk nog toepassen en geen persoonlijke verschijning of samenwoning vergen als huwelijksvereiste. In Japan moeten beide partners persoonlijk aanwezig zijn bij de private huwelijks sluiting, maar kunnen ze de officiële rechtshandeling beperken tot een louter schriftelijke kennisgeving van de huwelijks sluiting aan de burgemeester.

C. KUYU MWISSA, "L'Étranger face au droit français de la famille: l'exemple des Congolais d'Ile-

**\* De weifelende houding van het internationale recht**

**- Toelating tussen bepaalde Verdragsstaten, met vormgarantie en uitsluiting van de rechtsfiguur van de huwelijksvoogd**

**109.** Deze weigerende houding wordt niet gedeeld door al onze buurlanden. Op internationaalrechtelijk vlak bestaat geen consensus over de kwalificatie van de huwelijksluiting als strikt persoonlijke handeling. Dat blijkt o.m. uit het feit dat de opstellers van het Haagse Verdrag inzake de voltrekking en de erkenning van de geldigheid van huwelijken ervoor hebben geopteerd het huwelijk bij volmacht expliciet uit te sluiten uit het toepassingsgebied<sup>161</sup>. Hetzelfde gebeurde m.b.t. het vormloze huwelijk en het postume huwelijk, twee andere huwelijksmodaliteiten waarbij de vrije toestemming moeilijker te achterhalen is. De 'gebrekkige toestemming' figureert weliswaar in de extensieve opsomming van gronden om de erkenning van een vreemd huwelijk te weigeren<sup>162</sup>. De invulling van de notie wordt evenwel overgelaten aan de individuele Verdragsstaten, zoals o.m. blijkt uit bovengenoemde uitsluitingen<sup>163</sup>. België heeft het Verdrag noch ondertekend, noch bekrachtigd. Enkel Australië, Luxemburg en Nederland zijn vooralsnog gebonden.

**110.** Ook het Vrouwenverdrag spreekt zich niet nader uit over de draagwijdte van het gewaarborgde recht op een vrije partnerkeuze<sup>164</sup>.

**111.** Vooralsnog doet slechts één Verdrag uitspraak over het huwelijk bij volmacht<sup>165</sup>, m.n. het V.N.-Verdrag van 10 december 1962 inzake de huwelijks toestemming, de minimum-leeftijd waarop een huwelijk mag worden aangegaan en de registratie van huwelijken. Art. 1 laat een huwelijk bij volmacht onder beperkte voorwaarden toe. Deze toelating is er voornamelijk op gericht om "westerse" varianten toe te laten<sup>166</sup>. De rechtsfiguur van de huwelijksvoogd wordt

---

de-France", *Revue de droit africain* 2001, 135: een vierde van de huwelijken in Congo zou bij volmacht worden aangegaan.

<sup>160</sup> Zie ook voor het Duitse verbod om een huwelijk bij volmacht in Duitsland aan te gaan: § 1310-1311 BGB; K. SCHWEPPE, "Germany", in C. HAMILTON en A. PERRY, *Family law in Europe*, London, Buttersworth, 2002, 297. Zie evenwel over de mogelijkheid ervan naar Nederlands recht: art. 66 N.B.W.: de minister van Justitie kan bij gewichtige redenen de partijen toestaan het huwelijk door een bijzondere bij authentieke akte gevolmachtigde te laten voltrekken, het zgn. 'huwelijk met de handschoen'. Hierover o.m. C. ASSER en J. DE BOER, *Personen- en familierecht*, Deventer, Tjeenk Willink, 1998, nr. 159.

<sup>161</sup> Art. 8 Verdrag van 14 maart 1978.

<sup>162</sup> Art. 11 Verdrag: "geestelijk niet in staat geweest zijn of niet vrijelijk hebben toegestemd".

<sup>163</sup> Hierover: *Trav. Com.* 1977-79, 3 R.1977.467 en *R.C.A.D.I.* 1986, t. 196, I, 25.

<sup>164</sup> Art. 16 Vrouwenverdrag verzekert slechts dat man en vrouw over eenzelfde recht beschikken om in het huwelijk te treden, vrij kunnen toestemmen in het huwelijk en vrij hun partner kunnen kiezen. Inzake huwelijken bij volmacht is niets bepaald.

<sup>165</sup> In de verdere bespreking zal meermaals naar voren treden dat verdragen vaak opzettelijk gevoelige materies ontwijken.

<sup>166</sup> Op instigatie van de V.S. is het Verdrag er bovendien niet in geslaagd om het common law-huwelijk definitief te verbannen.



er niet in opgenomen.

**112.** De toelating maakte geen deel uit van het oorspronkelijke voorstel, maar is in de loop van de besprekingen toegevoegd, onder impuls van Nieuw-Zeeland en Spanje<sup>167</sup>. Een huwelijk kan bij volmacht plaatsvinden als minstens één van de betrokkenen aanwezig is en “the competent authority is satisfied that the circumstances are exceptional and that the party has, before a competent authority and in such manner as may be prescribed by law, expressed and not withdrawn consent”. Deze bepaling bevestigt dat de beperkte mogelijkheid om te huwen bij volmacht moet worden samengelezen met de toestemmingsvereiste. Deze wordt door het Verdrag als een vereiste van openbare orde gekwalificeerd. Naar de bepalingen van het Verdrag wordt de volmacht m.a.w. als een loutere vrijstelling van fysieke aanwezigheid of verschijning beschouwd. Deze verschijning is slechts een vormvoorwaarde, die niet meer is dan een *aanduiding* van een essentieel element van de toestemming<sup>168</sup>. Ontbreekt deze aanduiding, dan moet de toestemming evenwel nog steeds voldoende blijken uit andere gegevens.

**113.** Deze beperkte openheid voor buitenlandse huwelijken waarbij een partner aangekondigd verstek laat gaan, bracht enkele Staten uit Azië en het Midden-Oosten ertoe om voor te stellen huwelijkssluitingen door een vertegenwoordiger of ‘agent’ algemeen toe te laten. De andere Verdragsstaten gaven evenwel aan dat enkel volmachten met behoud van de persoonlijke toestemming van de betrokkene kunnen worden aanvaard. Huwelijken bij volmacht naar het recht van sommige islamstelsels, waarbij de gevolmachtigde een onbeperkte macht wordt verstrekt, zijn onaanvaardbaar<sup>169</sup>. Het onderscheid grond-vorm werd herbevestigd: de vorm van de huwelijkssluiting kan uitzonderlijk afwijken van de regels, indien een niet herroepen, voldoende en officieel bewijs van toestemming een tegengewicht kan bieden.

**114.** De werking van de Verdragsbepaling werd evenwel van bij de aanvang nog meer beperkt. Eén van de Verdragsstaten heeft in een interpretatieve verklaring opgenomen dat de toelating slechts betrekking heeft op huwelijken die in een Verdragsstaat zijn aangegaan. Impliciet is deze verklaring een algemene reserve

<sup>167</sup> E. SCHWELB, *I.c.*, 364-365.

<sup>168</sup> A. DYER, “Questionnaire on the Conflicts of Laws in Respect of Marriage”, in HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Actes et documents de la treizième session, III, Mariage*, Den Haag, Imprimerie nationale, 1978, 46 en L. PALSSON (1981), 223-224.

<sup>169</sup> E. SCHWELB, *I.c.*, 366. Opvallend is dat reeds bij de eerste onderhandelingen over het Verdrag werd benadrukt dat alle verdragsluitende Staten, waaronder derde-wereldlanden, op gelijke voet onderhandelden: E. SCHWELB, *I.c.*, 340, verwijst naar een toespraak van de staatssecretaris van de VS in 1953. Meerdere Afrikaanse vertegenwoordigers zouden overigens expliciet hebben aangedrongen op de aanneming van de huidige toestemmingsbepaling: E. SCHWELB, *I.c.*, 349-350. Uit de besprekingen blijkt echter dat het enige punt waarop enkele van deze landen zich wat weigerachtig betoonden net de beperkingen in art. 1 (2) op huwelijken bij volmacht betrof: E. SCHWELB, *I.c.*, 340.

geworden<sup>170</sup>. T.g.v. deze reserve kunnen de Verdragsstaten met meer zekerheid nagaan of een huwelijk bij volmacht effectief met vrije toestemming is aangegaan.

**115.** Ter waarborging van de vrije toestemming heeft het Verdrag van New York de toestemmingsvereiste expliciet gekoppeld aan de vormvoorwaarde dat de toestemming wordt geregistreerd. Deze registratie kan in uitzonderlijke omstandigheden vooraf gebeuren, maar wordt in dat geval aan een bijkomende controle onderworpen, m.n. de controle of de toestemming niet is herroepen. *Common law*-huwelijken zijn bijgevolg voor de gebonden Verdragsstaten niet langer mogelijk.

Engeland en de VS hebben terzake evenwel een impliciete reserve geformuleerd bij de mondelinge verklaring die hun toetreding tot het Verdrag begeleidde, in die zin dat een gebrek in het licht van de gestelde vereisten niet noodzakelijk de nietigheid van het huwelijk zou impliceren<sup>171</sup>. Bovendien blijven ook huwelijken plaatsvinden die louter steunen op de officieuze<sup>172</sup> of officiële<sup>173</sup> vaststelling van langdurige samenleving. De Verdragsstaten worden immers de vrije beoordeling gelaten van de criteria op grond waarvan ze tot een volwaardige toestemming besluiten. Op die manier boet een Verdrag kracht in. De gevoeligste punten worden omzichtig uit de weg gegaan, desgevallend achteraf met behulp van reserves. In het licht van het onderhavige Verdrag bracht de vaststelling dat geen reservemogelijkheid was bepaald, de voorzitter van de onderhandelingszittingen ertoe te stellen dat elke Verdragsstaat vrij was om voorbehouden te formuleren bij elk artikel<sup>174</sup>.

**116.** Het Verdrag van New York illustreert deze intentionele afzwakking nog op een tweede manier. Meerdere fundamentele rechten zijn zodanig geformuleerd dat ze niet afdwingbaar zijn. Zo werd de oorspronkelijke term “recognizing” (erkend) in de preambule i.v.m. de principes van art. 16 § 1 Vrouwenverdrag gewijzigd in “recalled” (in herinnering gebracht). Deze wijziging onder impuls van India treedt uit de onderhandelingen naar voren als een louter tekstuele aanpassing, maar heeft als gevolg dat het Verdrag van 1962 niet toelaat om de bepalingen van art. 16 Vrouwenverdrag rechtstreeks af te dwingen van de Verdragsstaten.

Ook werd aan geen enkele van de gestelde vereisten – de registratie van het huwelijk, de minimumleeftijd, de toestemming – een sanctie gekoppeld. Enkel het verbod van discriminatie is afdwingbaar omdat het, naast zijn expliciete vermelding in de preambule, in verkapte vorm voorkomt in de hele tekst, bv. in de

---

<sup>170</sup> E. SCHWELB, *I.c.*, 366.

<sup>171</sup> E. SCHWELB, *I.c.*, 358. De V.S. vulden aan dat de ratificatie van het Verdrag een erkenning inhield, en niet een afwijking van de grondwettelijke rechten van de onderscheiden Staten van de V.S. om huwelijken te regelen binnen hun jurisdictie.

<sup>172</sup> E. SCHWELB, *I.c.*, 357.

<sup>173</sup> Bv. Turkije met de regulariserende wetten (*cf. infra*).

<sup>174</sup> E. SCHWELB, *I.c.*, 380.

vereiste van een vrije partnerkeuze<sup>175</sup>.

**117.** België is, i.t.t. (enkele van) zijn buurlanden, niet gebonden door de genoemde multilaterale verdragsbepalingen inzake huwelijkstoestemming. Ook geldt voor België sinds 1919 niet langer het multilaterale Verdrag van Den Haag van 12 juni 1902<sup>176</sup>, dat nog steeds van toepassing is op de oorspronkelijke Verdragsstaten die niet tot het Verdrag van 1978 zijn toegetreden.

**- C.I.E.C.-aanbeveling om huwelijken bij volmacht slechts uitzonderlijk en slechts t.a.v. één van de partners toe te staan**

**118.** Een aanbeveling van de C.I.E.C. van 8 september 1976 beoogt een huwelijk bij volmacht slechts toe te laten in uitzonderlijke omstandigheden en mits één van de partners aanwezig is bij de huwelijksvoltrekking<sup>177</sup>.

**119.** O.m. Franse rechtspraak staat een huwelijk bij volmacht evenwel toe en verleent overigens in bepaalde omstandigheden, zoals ook in het geval van een huwelijk *in extremis*, een vrijstelling van afkondigingsplicht<sup>178</sup>. Hieruit blijkt dat de aanbeveling vooralsnog weinig invloed heeft uitgeoefend. België staat bovendien bekend als één van de slechtste ratificeerders van C.I.E.C.-verdragen<sup>179</sup>, en overigens van verdragen inzake familierecht in het algemeen<sup>180</sup>.

**120.** Niettemin illustreert de aanbeveling beter dan de aangehaalde verdragen dat de internationale gemeenschap een weigerachtige houding aanneemt tegenover huwelijken bij volmacht. De vaststelling dat de inperking van de huwelijksvorm is opgenomen in een Aanbeveling die voorts is opgesteld vanuit *favor matrimonii*, m.n. vanuit de doelstelling om een nietigverklaring nog slechts uitzonderlijk mogelijk te maken<sup>181</sup>, zet deze afwijzende houding nog meer in de verf.

<sup>175</sup> E. SCHWELB, *l.c.*, 371.

<sup>176</sup> Art. 22 Verdrag van 1978 heft voor de behandelde materie de toepassing van het Verdrag van 1902 voor de Verdragsstaten op. Het verdrag van 12 juni 1902, *B.S.* 10 juli 1904 werd op 1 juni 1919 trouwens door België opgezegd en is nog slechts in werking in Duitsland, Hongarije, Italië, Portugal, Roemenië, Zweden en Zwitserland.

<sup>177</sup> Art. III.9 Recommandation n° 2 du C.I.E.C. relative au droit du mariage, 8 september 1976, in C.I.E.C., *Conventions et recommandations (1956-1987)*, Strasbourg, C.I.E.C., 1988, 334; F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, I, Aspects internes et internationales*, Paris, Economica, 1992, nr. 136-137.

<sup>178</sup> T.G.I. Paris 10 september 1996, *onuitg., aangeh.* in J. HAUSER, "Personnes et droit de la famille", *R.T.D.Civ.* 1996, 881, nr. 8; J. RUBELLIN-DEVICHI (ed.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1999, nr. 56.

<sup>179</sup> I.t.t. vooral Nederland en Turkije en in mindere mate Frankrijk en Duitsland.

<sup>180</sup> Tot op heden heeft België geen enkele Overeenkomst in het kader van de Raad van Europa geratificeerd.

<sup>181</sup> Art. IV.11. van de Aanbeveling stelt dat een huwelijk pas ongeldig wordt wanneer het uitdrukkelijk nietig wordt verklaard. IV.12. beveelt aan de nietigheidsgronden te beperken. IV.13. wil de lidstaten een beperking laten invoeren van het aantal titularissen dat het recht heeft om nietigverklaring te vorderen. IV.14. beveelt een vorderingstermijn aan van hoogstens een jaar, behalve voor de nietigheidsgronden van bigamie en incest. IV.15. beveelt aan de persoonlijke gevolgen van een nietigverklaring te beperken tot de toekomst. Een kind zou door de nietigverklaring niet onwettig mogen worden.

**121.**We besluiten voor ons onderzoek uit deze bespreking dat België verdragsrechtelijk vooralsnog geen engagement is aangegaan m.b.t. de erkenning of weigering van huwelijken bij volmacht. Deze situatie verschilt naar resultaat niet sterk van deze van andere Staten, die ondanks verdragsbepalingen ter zake in de praktijk nauwelijks meer zijn gebonden dan België. De invulling van het begrip 'vrije toestemming' wordt in het verdragsrecht m.n. vooralsnog algemeen overgelaten aan het soevereine beleid van elke individuele Staat.

**\* *De erkenbaarheid van buitenlandse huwelijken bij volmacht: toepassing van de lex loci celebrandi***

**- Meerdere, ook Europese, rechtsordes laten huwelijken bij volmacht toe**

**122.**Meerdere Europese en niet-Europese Staten staan toe dat een huwelijk bij volmacht wordt aangegaan. Bij een Italiaans concordathuwelijk kan één van de partners zich laten vertegenwoordigen door een mandataris met welomschreven mandaat dat mee is ondertekend door een priester, twee getuigen of een notaris. De mandataris vervult eerder de rol van boodschapper dan van gevolmachtigde, aangezien hij handelt volgens de gegeven instructies en de condities van het huwelijkscontract.

**123.**Ook naar Italiaans burgerlijk recht is een huwelijk bij volmacht mogelijk voor militairen in oorlogstijd en voor elke situatie waarbij één van de partners in het buitenland verblijft en in de onmogelijkheid verkeert om de ceremonie in Italië bij te wonen. Steeds moet daarbij een rechterlijke machtiging worden voorgelegd. Minstens één van de partners moet in persoon verschijnen.

**124.**Hetzelfde geldt in Spanje, Portugal, Joegoslavië, Peru, Honduras, Costa Rica en Panama.

**125.**Bepaalde andere rechtsstelsels bepalen dat uitzonderlijk een speciale toelating kan worden verstrekt om te huwen bij volmacht. Het betreft o.m. de V.S., Canada, Spanje, Bosnië, Herzegovina, Kroatië, Montenegro, Servië, Kosovo, Slovenië, Wojwodina, Tsjechië, Slovakije en Polen. Naar Colombiaans recht kan enkel de man zich laten vertegenwoordigen.

**126.**De vertegenwoordiging moet in Bolivië, Brazilië, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Mexico, Nicaragua, Peru, Polen, Spanje, voormalig Tsjechoslowakije, Uruguay en Venezuela bij officiële akte worden ingesteld. De huwelijkspartner moet in die akte bij naam worden genoemd. Problemen kunnen rijzen indien de volmachtverlener de volmacht intrekt, zonder dat de begunstigde ervan op de hoogte is. Enkel de Nicaraguaanse en Spaanse wet vereisen dat een herroeping bij officieel document gebeurt<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> L. PALSSON (1974), 226. Een raadpleging van BERGMANN en FERID, laat ons evenwel slechts toe om dit te concluderen m.b.t. de Nicaraguaanse familiewet (art. 99). Art. 55 Spaanse

## - De houding van de Belgische I.P.R.-rechter

**127.** Hoewel de grondvoorwaarde van de huwelijks toestemming internrechtelijk een nauwe band vertoont met de vormvoorwaarde van de persoonlijke verschijning, gaat de Belgische rechter consequent om met het onderscheid tussen grond en vorm en komt de geldigheid van een in het buitenland aangegaan huwelijk niet gauw in het gedrang indien buitenlandse vormen van huwelijks sluiting werden toegepast ingevolge de *locus*-regel<sup>183</sup>. De wijze van toestemming wordt onvoorwaardelijk gekaderd binnen de vormvoorwaarden voor het huwelijk, die worden bepaald door de *lex loci celebrandi* (cf. *infra*)<sup>184</sup>. Ze kan hoogstens de geloofwaardigheid van de vrije toestemming aantasten.

**128.** Ook het ontwerp van I.P.R.-codex wijst in die richting en *contrast*eert daarin met o.m. het Franse recht<sup>185</sup>. Art. 44 van het Ontwerp bepaalt dat het recht van de Staat van huwelijks voltrekking bepaalt of en volgens welke modaliteiten een huwelijk bij volmacht kan worden aangegaan.

**129.** Zo wordt een huwelijk bij volmacht dat is gesloten in Marokko tussen twee Marokkanen die in België verblijven, in beginsel geldig bevonden. Enkel het bewijs dat de vereiste toestemmingen bij volmacht van vader en dochter-bruid onder een vals voorwendsel werden bekomen, brengt deze geldigheid in het gedrang<sup>186</sup>. De Marokkaanse Mudawwanah stelt de huwelijks vorm van het

---

familiewet vermeldt slechts de plicht om de herroeping mee te delen aan de instantie die het huwelijk nadien niettemin sloot.

<sup>183</sup> Zie bv. Rb. Leuven 1 december 1998, *T. Not.* 2000, 49, m.b.t. huwelijk bij volmacht, aangegaan in Marokko: "er kan niet worden gezegd dat een huwelijk bij procuratie de Belgische internationale openbare orde zou schenden, nu het Belgisch recht in oorlogstijd het ook kent".

<sup>184</sup> Niet de wet van de plaats van toekenning van de volmacht: L. PALSSON (1974), 226.

<sup>185</sup> Bij Wet nr. 93-1° 27 van 24 augustus 1993 heeft de Franse wetgever in art. 146-I toegevoegd dat een Franse onderdaan steeds persoonlijk moet verschijnen bij de huwelijks voltrekking, ongeacht waar hij huwt. Hierdoor is de oorspronkelijke vormvereiste verworpen tot een grondvereiste. De nietigheid kan gevorderd worden door alle belanghebbenden en het O.M. Hierover o.m. TGI Paris 28 november 1995, *Bull.* nr. 427, 23; Cass. fr. 15 juli 1999, *RCDIP* 2000, 207-218, noot L. GANNAGE (de materie raakt aan de grondvereisten van het huwelijk. In toepassing van het Frans-Marokkaans verdrag van 10 augustus 1981 kan een Frans onderdaan niet huwen bij volmacht in Marokko. Weigering om het huwelijk te erkennen); M. FARGE, "Chronique droit de la famille. I. Mariage", *J.C.P.* 1996, I, 3946; M.-Cl. FOBLETS, noot onder Brussel 16 maart 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 292. Dat de regel met een grote gestrengheid wordt toegepast, blijkt uit het aangehaalde Cassatiearrest, dat het huwelijk van een bipatride Fransman betrof. Het huwelijk werd nietigverklaard, ook al had de man de nationaliteit van een Staat die geen persoonlijke verschijning vergt en was hij in die Staat gehuwd, en ook al was er duidelijk geen dwang uitgeoefend.

<sup>186</sup> Rb. Luik 22 mei 1992, A.R. 92/6646, *onuitg.*, besproken door M. LIENARD-LIGNY, "Jurisprudence belge de droit international privé – nationalité et relations familiales 1990-1994 – choix de décisions", *R.B.D.I.* 1995, 701. In casu vond vernietiging van het huwelijk plaats omdat twee vereisten naar Marokkaans recht niet waren gerespecteerd: de toestemming van de bruid en die van haar vader-voogd. Wel erkend: Rb. Leuven 1 december 1998, *T. Vreemd.* 1998, 210: het O.M. had de nietigverklaring gevorderd van een huwelijk bij volmacht in Marokko. De echtgenoten moeten voldoen aan de eisen van hun personeel statuut. De persoonlijke toestemming in het huwelijk is een grondvoorwaarde naar Belgisch recht. De Belgische vrouw

huwelijk bij volmacht nochtans nergens expliciet mogelijk. De klemtoon die sinds de wet van 1993 wordt gelegd op de persoonlijke verschijning wekt overigens de indruk dat een huwelijk bij volmacht er niet mogelijk is. Persoonlijke verschijning is evenwel niet op afdwingbare wijze verplicht gesteld. Uit de houding van consulaire overheden blijkt alvast dat het huwelijk bij volmacht niet op bezwaren stuit naar Marokkaans recht<sup>187</sup>.

**130.**De Brusselse rechtbank weigerde tevens huwelijksdwang t.a.v. een Belgische vrouw aan te nemen op de loutere grond dat ze bij de huwelijksluiting was vertegenwoordigd door een huwelijksvoogd<sup>188</sup>. De vrouw had volgens de rechter met kennis van zaken gehandeld. De huwelijksvorm kan bedenkingen oproepen, maar volstaat niet om tot een grondgebrek te besluiten.

**131.**Ook de Leuvense rechter weigerde een huwelijk te laten nietigverklaren waarbij de Marokkaanse bruidegom zich had laten vertegenwoordigen<sup>189</sup>. De rechter achtte de Marokkaanse wet in dit verband verenigbaar met de BIPOO.

**132.**Het is van belang om bij een huwelijk bij volmacht nauwkeurig na te gaan of de volmacht geen verdoken vorm van dwang verhuult. De vorm mag de grond, de vrije toestemming, niet aantasten. Bijzondere voorzichtigheid moet daarom aan de dag worden gelegd t.a.v. rechtsstelsels die nog expliciet huwelijksdwang door de vader toelaten, t.a.v. de zonen zolang ze minderjarig zijn, t.a.v. de dochters onbeperkt. In meerdere islamitische rechtsstelsels is op dergelijke dwang inmiddels een verbod gesteld<sup>190</sup>.

We gaan verderop nader in op de problematiek van dwaling en dwang bij de huwelijks toestemming.

### **\* Onze evaluatie in het licht van ons aanknopingsvoorstel**

**133.**We stelden in de tweede toegangspoort voor om voor vreemdelingen met stabiel verblijf in België systematisch aan te knopen bij Belgisch recht, als recht van de Staat van stabiel verblijf. Is dergelijke verblijfsspositie nog niet verworven, dan zou de huwelijkskandidaat de (eenmalige) keuze worden gelaten voor een

---

was in persoon aanwezig en stemde toe in het huwelijk. De Marokkaanse man kan volgens Marokkaans recht vertegenwoordigd worden. Het huwelijk is in casu bijgevolg geldig afgesloten. Zie ook Brussel 16 maart 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 281, noot M.-Cl. FOLETS.

<sup>187</sup> Hierover: L. JORDENS-COTRAN, *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak*, Utrecht, Forum, 2000, 129; M.-Cl. FOLETS, *l.c.*, 291.

<sup>188</sup> Rb. Brussel 18 december 1990, *J.T.* 1991, 242; Rb. Luik 22 mei 1992, *aangeh.* door M. LIENARD-LIGNY, *R.B.D.I.* 1995, 701; J. ERAUW, *Beginnelen van internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 152 (m.b.t. huwelijken tussen Belgen, voltrokken "met de handschoen" in Mexico); F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 312, nr. 981.

<sup>189</sup> Rb. Leuven 1 december 1998, *T. Not.* 2000, 49.

<sup>190</sup> Evenwel inmiddels afgeschaft in het Algerijnse en het Tunesische recht: A. BEL HAJ HAMOUDA, "A la recherche d'une autre famille: la famille nourricière. Cas du droit tunésien", in J. POUSSON-PETIT (ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, 405; S. BEN HALIMA, "Religion et statut personnel en Tunisie", *Rev. tun. dr.* 2000, 124.

aanknoping bij zijn nationale wet, bij de wet van het voormalige stabiele verblijf of bij de Belgische wet. De gekozen aanknoping wordt bij voorgezet verblijf in België gehandhaafd tot het ogenblik waarop de betrokkene een stabiele verblijfspositie verwerft.

**134.** *In casu* zou dergelijke aanknoping niet rechtstreeks tot gevolg hebben dat het aantal erkenningsgevallen van een huwelijk bij volmacht afneemt.

De wet van de plaats van huwelijksluiting bepaalt immers of de huwelijksvorm kan worden toegepast. Ons aanknopingsvoorstel heeft betrekking op de grondvereisten voor het huwelijk.

Ook onrechtstreeks zou het aantal erkenningen niet afnemen, aangezien het willen ontsnappen aan een vormvereiste (*in casu* de vereiste van een persoonlijke verschijning) die niet onlosmakelijk verband houdt met een grondvereiste<sup>191</sup>, niet volstaat om te besluiten tot *fraude à la loi* en op die grond te weigeren om het huwelijk in België te erkennen. Was dat wél het geval, dan zou het aantal weigeringen toenemen, aangezien het criterium van de stabiele verblijfspositie het aantal gevallen waarin wordt besloten tot *fraude à la loi* ongetwijfeld zou verhogen. Slechts van een vreemdeling zonder stabiele verblijfspositie die bovendien niet heeft geopteerd voor een aanknoping bij Belgisch recht zou worden geduld dat hij de Belgische vormvereisten ontloopt.

We stelden evenwel dat *in casu* ook tegen andere vreemdelingen niet kan worden opgetreden. Dat gebeurt overigens vandaag ook niet t.a.v. Belgen.

**135.** We menen m.a.w. dat de huidige soepele houding t.a.v. huwelijken bij volmacht gerechtvaardigd is.

## C.2.B. HET HUWELIJK MET VERTEGENWOORDIGING DOOR HUWELIJKSVOOGD

### \* *De huwelijksvoogd naar buitenlands recht*

**136.** Meerdere rechtsstelsels, o.m. dat van Bangladesh, Egypte, Iran<sup>192</sup>, Jordanië, Koeweit, Libanon, Libië, Mauretanië, Saoedi-Arabië, Syrië<sup>193</sup> en Soedan<sup>194</sup> bepalen dat een kandidaat-bruid ongeacht haar leeftijd moet worden vertegenwoordigd door een huwelijksvoogd<sup>195</sup>. Weigert deze de vrouw te vertegenwoordigen, dan kan het huwelijk niet plaatsvinden.

<sup>191</sup> I.t.t. bv. de vereiste dat men een vonnis tot dispensatie van de leeftijdsvereiste voorlegt.

<sup>192</sup> Art. 1041 C.C.

<sup>193</sup> Art. 8 Wet nr. 59 betreffende het personeel statuut.

<sup>194</sup> Dit blijkt uit rechtsvergelijkende analyse a.h.v. J. VAN DE VELDE, *Burgerlijke Stand: Internationale Burgerlijke Stand*, Brugge, Vanden Broele, 1999 (losbladig). Zie ook M. M'SALHA (doct.), 53

<sup>195</sup> Y. MERON, "L'accommodation de la répudiation musulmane", *R.I.D.C.* 1995, 923 en 925; E. RUDE-ANTOINE, "Le droit international privé et les migrations maghrébines. La question des qualifications appliquées à la formation du mariage", in E. RUDE-ANTOINE (ed.), *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Karthala, 1992, 112-113.

**137.** Ook Algerije<sup>196</sup>, Marokko<sup>197</sup>, Tunesië<sup>198</sup> en Somalië kennen het instituut van de huwelijksvoogd, maar kennen deze vertegenwoordiger geen veto-recht toe. Een vervangende rechterlijke machtiging is er mogelijk<sup>199</sup>. Onderzoek heeft evenwel uitgewezen dat verzet van de *wali* tegen het huwelijk wordt gevolgd als blijkt dat de vrouw onder haar stand zou huwen. Deze regel is ingesteld om de vrouw te beschermen (*kafa'a*)<sup>200</sup> en wordt door de familie tegen haar ingeroepen bij een ongewenst huwelijk<sup>201</sup>.

**138.** De vertegenwoordigingsregeling hoeft niet te beletten dat de betreffende rechtsstelsels belang hechten aan een vrije huwelijkstoestemming van de vertegenwoordigde. Meerdere Staten, waaronder Afghanistan<sup>202</sup>, China<sup>203</sup>, Irak<sup>204</sup>, Japan<sup>205</sup>, Marokko<sup>206</sup>, Singapore<sup>207</sup>, Tunesië<sup>208</sup> en Turkije<sup>209</sup> hebben omstreeks het

<sup>196</sup> Art. 9, 11 en 12-2 Wet nr. 84-11 van 9 juni 1984.

<sup>197</sup> Enkel een meerderjarige vrouw wiens vader is overleden kan zonder tussenkomst van een huwelijksvoogd huwen, tenzij ze zelf om vertegenwoordiging verzoekt (art. 12, al. 4 Mud.; A. MOULAY R'CHID, "La réforme du code de statut personnel marocain. Une avancée dans la codification des droits de l'homme", *R.T.D.F.* 1994, 432.

<sup>198</sup> A. BEL HAJ HAMOUDA, "A la recherche d'une autre famille: la famille nourricière. Cas du droit tunésien", in J. POUSSON-PETIT (ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, 405.

<sup>199</sup> Dit blijkt uit rechtsvergelijkende analyse a.h.v.: J. VAN DE VELDE, o.c.

<sup>200</sup> Zie o.m. art. 14 Mud.

<sup>201</sup> L. BUSKENS (doct.), 95-96; Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman*, II, Mouton&Co, 1965, 5.

<sup>202</sup> UN Doc. A/C.3/SR.1065, par. 36 (third committee 1961).

<sup>203</sup> Sinds 1950: E. SCHWELB, *l.c.*, 348.

<sup>204</sup> Art. 9 § 1 nr. 3 Wet nr. 188 van 1959, *Jaarboek Mensenrechten* 1959, 149 (tevens gelijke erfrechten voor man en vrouw, verbod van polygamie, een beperkte mogelijkheid voor de man om meerdere vrouwen te hebben, m.n. onder strikte voorwaarden en mits voorafgaandelijke toestemming van de *cadi*, een recht voor de vrouw op echtscheiding in een beperkt aantal gevallen. Alhoewel polygamie juridisch verboden was, werd door dezelfde regeling dus rekening gehouden met feitelijke polygamie.

<sup>205</sup> Art. 24 G.W. van 3 november 1946, *Jaarboek Mensenrechten* 1946, 304 (de Japanse Grondwet van 1946 stelde ook reeds de beginselen voorop van gelijkheid ongeacht het geslacht en gelijke rechten en onderlinge samenwerking van de echtgenoten).

<sup>206</sup> Sinds 1957 als beginsel erkend. Sinds 1993 is de persoonlijke instemming van de vrouw gewaarborgd door haar verplichte handtekening op het aantekenregister van de huwelijksvereenkomst in aanwezigheid van twee *adouls* (getuigen): art. 5 j° 12 Mud. (voor mannen bestond reeds sinds 1958 een verplichte persoonlijke toestemming in het huwelijk: art. 12, eerste lid Mud.). De bruid wordt weliswaar nog vertegenwoordigd (tenzij ze meerderjarig is, geen vader meer heeft en zelfstandig wil toestemmen: art. 12 d. Mud.), maar machtigt de voogd daar zelf toe. Deze voogd wordt door de wet verboden druk uit te oefenen. Ingevolge art. 13 Mud. kan hij evenmin zijn veto uitspreken tegen het huwelijk. Ook deze waarborgen kunnen het risico op sociale druk evenwel niet uitsluiten. Steeds moet daarom de betrokkene de kans worden geboden om een wilsgebrek (huwelijksdwang) aan te kaarten: zie ook M.C. FOLETS, "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie)", *Rev. dr. étr.* 1994, 129.

<sup>207</sup> Voor niet-Moslims althans, sinds 1963: E. SCHWELB, *l.c.*, 348.

<sup>208</sup> Décret portant promulgation du code du statut personnel, 13 augustus 1956, *J.O.* 28 december 1956, *Jaarboek Mensenrechten* 1956, 235. Art. 3 van het Decreet stelt de geldigheid van de toestemming afhankelijk van de verklaring van twee getuigen en van een gelijktijdige bepaling van de bruidsgift. Art. 4 maakt dit bewijs tevens afhankelijk van de voorlegging van een



begin van de jaren 1960 in hun huwelijkswet de vereiste opgenomen van een vrije toestemming als grondvoorwaarde voor het huwelijk, ook t.a.v. de vrouw<sup>210</sup>. Regelgevingen zoals die van Marokko<sup>211</sup>, Mali<sup>212</sup> en Italië<sup>213</sup> bieden de Belgische rechter een zekere houvast door de vereiste van een openbare vertegenwoordigingsakte. Andere Staten, zoals Mexico, vereisen dat twee getuigen de wil van de vertegenwoordigde bruid(egom) bevestigen<sup>214</sup>. In Argentinië is het wettelijk toegestaan om te huwen op afstand mits de betrokkene zijn huwelijkstoestemming geeft in het bijzijn van de bevoegde autoriteiten van het land van verblijf<sup>215</sup>.

**139.** Niet alle betrokken Staten eisen evenwel een schriftelijk bewijs van die toestemming op afstand. Bij een vordering tot erkenning<sup>216</sup> of tot nietigverklaring van het huwelijk kan de Belgische rechter zijn oordeel in dat geval louter steunen op de feiten die de partijen aanhalen, m.a.w. op getuigenissen.

Manipulatie van gegevens kan daarbij niet worden uitgesloten. We menen dat steeds voldoende waakzaamheid aan de dag moet worden gelegd m.b.t. de vrije en persoonlijke huwelijkstoestemming. Is die bij huwelijkssluiting in het buitenland niet expliciet gegeven ten overstaan van de huwelijkssluitende autoriteit en is ze evenmin op papier gesteld, dan ligt het bewijs uiterst moeilijk.

**140.** Ook toestemmingsakten moeten overigens met een voldoende kritische

---

authentieke akte. De huwbare leeftijd wordt door art. 5 bepaald op 15 jaar voor een meisje en 18 jaar voor een jongen. Art. 18 verbiedt de polygamie en stelt de handeling strafbaar met een jaar gevangenisstraf en/of een geldboete van 240.000 francs. Art. 23 onderwerpt de vrouw aan de gehoorzaamheidsplicht en echtelijke plichten die worden opgelegd door gebruiken en gewoonten. De man is verplicht om zijn vrouw te onderhouden. Art. 24 stelt een scheiding van goederen binnen het huwelijk in. Art. 25 bepaalt dat een echtelijke betwisting aan de rechter wordt voorgelegd. Slaagt deze er niet in een schuldige aan te wijzen, dan worden twee arbiters aangesteld met de taak de partners te verzoenen. Art. 30 stelt dat elke echtscheiding gerechtelijk dient te gebeuren en art. 31 bepaalt de echtscheidingsgronden, m.n. onderlinge toestemming, echtscheiding op grond van bepaalde feiten en eenzijdige echtscheiding. Deze laatste grond houdt wel een plicht tot schadevergoeding van de andere partner in. Meer over de toestemmingsvereiste: M. CHARFI, "Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité", *Rev. tunisien de droit* 1973, 11-37.

<sup>209</sup> Hanteert sinds 1926 de Zwitserse Code Civil voor het familierecht.

<sup>210</sup> Ook meerdere verklaringen op multilateraal niveau verbieden huwelijksdwang: ontwerp van document inzake mensenrechten in de islam, Taif, 1981, in het kader van de 'Organisation de la Conférence Islamique' (O.C.I.), *aangeh.* in A. MOULAY R'CHID, "Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans", *Rec. des Cours* 1997, 108; Déclaration de Dacca sur les droits de l'homme en islam, Casablanca, 1984, vierde bijeenkomst O.C.I.; art. 19 I Tweede Verklaring Islamitische Raad, 1981, *aangeh.* in A. MOULAY R'CHID, *l.c.*, 116.

<sup>211</sup> De vrouw machtigt de huwelijksvoogd met een tafwid (machtigingsakte) om het huwelijk in haar naam te sluiten.

<sup>212</sup> Art. 10 Malinese wet van 25 januari 1963.

<sup>213</sup> Art. 111, 4° C.C.

<sup>214</sup> Art. 44 en 102 familiewet.

<sup>215</sup> Art. 173 wet van 12 juni 1987.

<sup>216</sup> Bv. na weigering van inschrijving of na weigering van gezinshereniging op grond van een vermoeden van huwelijksdwang.

instelling worden bejegend. JORDENS-COTRAN werpt terecht op dat de rechtsgeldigheid van een huwelijk bij volmacht nog steeds moeilijk te bepalen is, nu bv. de Marokkaanse *Mudawwanah* de vrouw niet de mogelijkheid biedt om het mandaat aan een andere persoon dan de aangestelde *wali* te geven<sup>217</sup>. De consulaten zouden volgens haar dergelijke vervangende aanstelling in de praktijk inmiddels alvast wél toelaten<sup>218</sup>.

**141.** Deze bewijsproblematiek kan evenwel worden losgekoppeld van de vraag of de vereiste van vertegenwoordiging door een huwelijksvoogd een inbreuk maakt op de huwelijksvrijheid en/of het gelijkheidsbeginsel.

Op deze vraag gaan we verder in.

**\* *Bezwaren tegen een toepassing van de rechtsfiguur als grondvereiste voor het huwelijk***

**- De ongelijke behandeling tussen vader en moeder: geen grond voor bezwaar**

**142.** De regeling van de huwelijksvoogd is voorbehouden aan mannen. Daarbij wordt desnoods verre familie aangesproken. De moeder of een naaste vrouwelijke verwante komt niet in aanmerking voor de functie<sup>219</sup>.

De vereiste zou op deze grond wegens discriminatie van de hand kunnen worden gewezen.

**143.** Ook in het kader van de voormalige ouderlijke (impliciete) instemmingsplicht voor meerderjarige Belgen was evenwel tot 1953 een overwegende rol toebedeeld aan de vader. Het feit dat de plicht steeds t.a.v. beide ouders heeft gegolden<sup>220</sup>, kan hierdoor worden gerelativeerd. Bij een meningsverschil tussen beide ouders primeerde de mening van de vader, ook na echtscheiding. De vraag of deze mening gegrond was, werd niet gesteld. Slechts uitzonderlijk liet een rechter, in weerwil van de wettelijke bepaling, in geval van weigering door de vader, niettemin de instemming van de moeder met het huwelijk doorwegen, als dat in het belang van het kind was<sup>221</sup>.

**144.** In 1953 resulteerde een tweevoudige wetswijziging in een gelijkberechtiging van beide ouders<sup>222</sup>. De moeder kon voortaan uit eigen beweging een vordering

---

<sup>217</sup> L. JORDENS-COTRAN, *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraktijk*, Utrecht, Forum, 2000, 129. In gelijkaardige zin: M. M'SAHLA (doct.), 93.

<sup>218</sup> Pogingen om contact te leggen met buitenlandse consulaten in België, bleken, behoudens onze contacten met het Algerijnse consulaat m.b.t. kafala, tevergeefs.

<sup>219</sup> Zie o.m. art. 11 Mud.

<sup>220</sup> A. KLUYSKENS, o.c., 1942, 219.

<sup>221</sup> Brugge 9 oktober 1950, *R.W.* 1950-51, 1577; Rb. Brussel 11 juli 1952, *Bulletin des Avoués* 1952, nr. IV, 1 oktober 1952, 13.

<sup>222</sup> Frankrijk had twintig jaar eerder bij wet van 2 februari 1933 overigens gesteld dat ouderlijke onenigheid gelijk stond met toestemming.

instellen bij wijze van verzet tegen het huwelijk<sup>223</sup>. Daarnaast werd bepaald dat bij onderling meningsverschil tussen de ouders de mening van de vader niet langer automatisch de doorslag zou geven<sup>224</sup>. Bij de parlementaire voorbereiding van de wet van 14 juli 1953 die het huwelijksrecht werd evenwel gesteld: “Als de moeder in het huwelijk zal willen toestemmen, en de vader er zich tegen verzet, zal de moeder bijzondere en gewichtige reden moeten hebben om ertoe te besluiten, indien er eendracht heerst in het gezin, om een rechtsvordering in te stellen. Het zal dan zijn omdat het belang van het kind zulks vergt, en de rechtbank zal overigens slechts in deze veronderstelling het verzoek inwilligen”<sup>225</sup>. Daaruit blijkt dat het vaderlijke verzet nog steeds meer aanzien genoot dan de mening van de moeder<sup>226</sup>.

**145.** Het onderscheid met de islamitische instelling van de huwelijksvoogd was m.a.w. niet zo groot. We pleiten voor het in rekening brengen van historisch besef. We zijn vandaag weliswaar een halve eeuw verder en het gelijkheidsbeginsel van man en vrouw is inmiddels centraal komen te staan. Niettemin menen we dat de buitenlandse vereiste op deze grond niet noodzakelijk op de BIPOO-exceptie hoeft te stuiten. Zolang de moeder enerzijds de kans zou krijgen om een verzoek in te stellen tot rechterlijke vervangende machtiging indien ze het verzet van de *wali* ongerechtvaardigd acht, en anderzijds bevoegd is om zich te verzetten tegen het huwelijk indien zich een

<sup>223</sup> *Gedr. St. Kamer* 1952-53, 19: “les droits de la mère sont aussi bien respectés que ceux du père. En cas de désaccord c’est le tribunal qui aura à statuer, soit à la requête du père, soit à la requête de la mère”.

<sup>224</sup> *Gedr. St. Kamer* 1949-50, II, wetsvoorstel De Riemaecker-Legot nr. 110, verslag van de Commissie van 20 december 1949, 1; F. RIGAUX (1971), 1022.

<sup>225</sup> *Gedr. St. Kamer* 1952-53, nr. 283, 2 e.v.; *Gedr. St. Senaat* 1952-53, nr. 386.

<sup>226</sup> Niettemin ging de wetswijziging verder in zijn gelijkberechtiging dan het oorspronkelijke ontwerp van de Minister van Justitie. De tweede wijziging kwam immers niet voor in het eerste ontwerp en werd pas later ingevoegd door verwijzing naar een eerder wetsvoorstel dat de gelijkwaardigheid van weigering bepleitte (*Gedr. St. Senaat* 1947-48, II, stuk 161, wetsontwerp, zitting 18 februari 1948, Memorie van Toelichting, 8; Voorstel van wet nr. 110 van 20 december 1949 (De Riemaecker-Legot)). Daarnaast beoogde de minister van Justitie de moeder slechts de mogelijkheid te verlenen om zelf beroep aan te tekenen mits de vader niet over het bewaarrecht van de kinderen beschikte (*Gedr. St. Kamer*, 1949-50, IV, nr. 290; *Gedr. St. Kamer*, nr. 170, aanvullend verslag van 30 januari 1952). Op volgende wijze pleitte de minister er nog voor om de primauté van het vaderlijke oordeel te handhaven: “Het feit dat het advies van de vader de doorslag geeft, is licht te verantwoorden door de noodzakelijkheid om, in de huwelijksgemeenschap, de uitoefening van het gezag aan een bepaalde persoon op te dragen” (*Gedr. St. Senaat* 1947-48, II, stuk 161, wetsontwerp, zitting 18 februari 1948, Memorie van Toelichting, 1). Daartoe verwees de minister naar de openingsrede van de Procureur-generaal van het Hof van Cassatie uit 1938: “De voorrang van de man bij het beheer van het gezin is een noodzakelijkheid, en opoffering, zo men wil, welke van de vrouw wordt gevraagd, maar die men het recht heeft haar te vragen voor zoveel een overwegend maatschappelijk belang erdoor gebaat wordt” (Openingsrede HAYOIT DE TERMICOURT, 15 september 1938). Enkel ingeval van echtscheiding en scheiding van tafel en bed werd het opportuun geacht dat de ouder die het ‘bewaarrecht’ uitoefende, beslissingsbevoegdheid had (*Gedr. St. Kamer* 1951-52, nr. 603, 10 juli 1952). Daarbij werd gewezen op de mogelijkheid voor de man om in toepassing van art. 302 B.W. een herziening te vragen van het bewaarrecht. Beschikten derden over dat bewaarrecht, dan werd betwisting door de ouders gelijkgesteld met een toestemming. Geen van beiden bleek immers waardig te zijn om een doorslaggevend oordeel te vellen (*Gedr. St. Senaat* 1947-48, II, stuk 161, wetsontwerp, zitting 18 februari 1948, Memorie van Toelichting, 3).

huwelijksbeletsel zou voordoen, zijn haar rechten o.i. niet op onaanvaardbare wijze geschonden.

**146.** Bepaalde rechtsstelsels hebben vandaag overigens reeds, naast het behoud van de rechtsfiguur van de *wali*, ook voor de moeder een rol in de instemming weggelegd. De Tunesische wet bv. vereist naast een instemming van “le plus proche parent agnat” – steeds een meerderjarige man, ook als de echtgenoot vooroverleden is – tevens de instemming van de moeder<sup>227</sup>. Daarmee wordt geleidelijk afgestapt van het voorrecht voor de man, dat teruggaat op de traditionele structuur waarin de vrouw een zwakke sociale rol had<sup>228</sup>.

**147.** Het zou evenwel te v r gaan te weigeren een huwelijk te erkennen dat is aangegaan in overtreding van de buitenlandse vereiste om zich door een huwelijksvoogd te laten vertegenwoordigen, als voorts alle grond- en vormvereisten voor het huwelijk zijn vervuld. Dergelijke houding zou een inbreuk maken op de huwelijksvrijheid. Meerderjarigen moeten vrij in het huwelijk kunnen toestemmen. We kwamen tot dezelfde conclusie bij onze bespreking van instemmingsvereisten in hoofde van administratieve overheden<sup>229</sup>.

**148.** Ook kan een huwelijksluiting van meerderjarigen in België moeilijk worden geweigerd wegens ontstentenis van ouderlijke instemming. Werd de partners in het buitenland op deze grond de mogelijkheid ontzegd om te huwen, dan kunnen ze alsnog een huwelijk aangaan in België<sup>230</sup>. Een ouderlijke weigering toelaten die niet steunt op een wettig huwelijksbeletsel schendt immers hun huwelijksvrijheid.

**149.** We gaan vervolgens in op deze grond om een kwalificatie als grondvereiste te weigeren.

#### **- De gelijke behandeling ongeacht de leeftijd: grond voor bezwaar**

**150.** Er zit een tweede discriminatiegrond vervat in de vereiste, m.n. een discriminatie op grond van leeftijd, die o.i. w l een toepassing van de vertegenwoordigingsvereiste als grondvereiste voor het huwelijk in de weg staat. Is het redelijk verantwoord dat een instemmingsvereiste geldt, ongeacht de leeftijd van de betrokkene? Het gelijkheidsbeginsel houdt de redenering in dat gelijken gelijk en ongelijken ongelijk behandeld moeten worden. Niet alleen moet m.a.w. een redelijke verantwoording worden gegeven voor elke *verschillende*

<sup>227</sup> S. BOURAOUI, “Droit de la famille et relations familiales   la lumière des dernières reformes juridiques”, *Revue tunisienne de droit* 1993, 125; J. LADJILI, “Puissance des agnats, puissance du père, de la famille musulmane   la famille tunisienne”, *Rev. tunisienne de droit* 1972, 25-64.

<sup>228</sup> L. ESPOSITO, *Women in Muslim family law*, New York, Syracuse University Press, 1982, 17.

<sup>229</sup> Cf. *supra*, randnr. 82 e.v.

<sup>230</sup> Deze mogelijkheid zal zich in de praktijk, gezien de elsewhere approach, evenwel niet steeds stellen. Beide partners zullen hun huwelijk pas in België kunnen aangaan als ze hier beiden verblijven, aangezien ze persoonlijk moeten verschijnen. Ook als één partner reeds wettig in België verblijft, zal de andere partner zijn binnenkomst zelfstandig moeten zien te bekomen (via een toeristenvisum bv. Illegaal verblijf staat een huwelijksluiting overigens niet in de weg).

behandeling op grond van leeftijd. Hetzelfde geldt voor een *gelijke* behandeling bij verschillende leeftijd. Ook daarvoor moet een redelijke verantwoording bestaan. Zoniet moeten de betrokkenen ongelijk worden behandeld.

**151.** Om na te gaan of de vertegenwoordigingsvereiste, die geen onderscheid maakt op grond van leeftijd, het gelijkheidsbeginsel om die reden schendt, dienen we vooreerst de grondslag van de vereiste te kennen. De vertegenwoordigingsvereiste wordt naar islamitisch recht verantwoord vanuit de opvatting dat een vrouw niet in staat is om zelfstandig een dermate belangrijke beslissing te nemen als het besluit om te huwen<sup>231</sup>. In de loop der jaren is n.a.v. wetswijzigingen gebleken dat de vereiste veeleer is ingegeven door een patriarchale kijk op het familieleven, als controlemiddel voor de kleine familie, en meer bepaald voor de vader. Naar Marokkaans recht kan de meerderjarige vrouw wiens vader is overleden vandaag wél zonder tussenkomst van een huwelijksvoogd een huwelijksvereenkomst aangaan<sup>232</sup>. De vereiste naar islamitisch recht doet denken aan de vroegere Belgische vereiste t.a.v. meerderjarigen. Deze is overigens ooit nog strenger geweest, met de voormalige cascadereregeling die grootouders een (zij het minder sterk) inspraakrecht verleende.

**152.** Naar Belgisch recht is afgestapt van de idee van de ‘vaderlijke macht’. Het individuele zelfbeschikkingsrecht is centraal komen te staan. Die afschaffing dateert evenwel, zoals we reeds illustreerden, nog van niet zo heel erg lang. Die gedachte moeten we mee in overweging nemen als we ons een oordeel vormen over de grens die we redelijkerwijze kunnen en moeten stellen aan dergelijke vormen van bevoogding. We haalden reeds aan dat naast intrinsieke cultuurverschillen ook maatschappelijke evoluties een rol spelen. Het familierecht lijkt overal ter wereld een individualiseringstendens door te maken. In het westen is deze tendens ongeveer vijftig jaar gelden ingezet. De islamwereld lijkt deze tendens te volgen. Momenteel *contrasteert* het individu-gerichte Europese familierecht evenwel nog met een familiegericht, meer nog: patriarchaal familierecht in de meeste islamitische rechtsstelsels.

**153.** We kunnen hiermee rekening houden, in zoverre de huwelijksvrijheid niet wordt geschonden. En hoe we de zaken ook draaien of keren: de invulling van dat begrip is onlosmakelijk verbonden met onze opvatting dat de beslissing om te huwen een zaak is van de meerderjarigen en alleen van hen.

**154.** We kunnen wel *toelaten* dat de betrokkenen ervoor opteren om hun ‘huwelijksvoogd’ getuige te laten zijn bij het huwelijk, opdat hun handtekening

<sup>231</sup> O.m. L. ESPOSITO (1982), 17; Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman*, II, Paris, Mouton&Co, 1965, 52; S. MERNISSI, “Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain”, in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 123.

<sup>232</sup> Mogelijk houdt de vereiste verband met de bezorgdheid om de erfenis, het familiebezit in goede handen te laten komen. Ook al erft de dochter voor zichzelf, na haar overlijden komen de goederen in handen van haar echtgenoot. Zolang de vader leeft, wil hij het familiebezit een goede bestemming geven. Na zijn overlijden wordt dat overgelaten aan het oordeel van de dochter.

onder de huwelijksakte voor de instanties van het land van herkomst als voldoende bewijs zou gelden van hun rol als 'huwelijksvoogd'<sup>233</sup>. Op die manier kunnen ze voorkomen dat het huwelijk hinkt<sup>234</sup>.

**155.**In de meeste van onze buurlanden wordt de vertegenwoordiging door de *wali* evenmin volledig aan de kant geschoven.

**156.**In Nederland wordt eenzelfde redenering als hierboven toegepast. Door de verzachte werking van de exceptie van internationaal-privaatrechtelijke openbare orde wordt de vereiste van vertegenwoordiging door een voogd beperkt tot een adaptatie van de vertegenwoordigingsvereiste aan de instemmings- en vertegenwoordigingsvereiste voor minderjarigen. De vereiste wordt toegepast tot de leeftijd waarop de huwelijkskandidaat ingevolge zijn nationale recht de meerderjarigheid bereikt<sup>235</sup>. Een vroegere vervangende toestemming van de rechter is evenwel mogelijk<sup>236</sup>.

Dergelijke 'vertegenwoordiging' gaat in de praktijk niet verder dan de Nederlandse (en ook Belgische) vertegenwoordiging van minderjarigen en de vereiste van een ouderlijke instemming met het huwelijk. De buitenlandse vereiste wordt tot het absolute minimum herleid en beperkt zich tot de grenzen van de handelingsonbekwaamheid van het minderjarige kind.

#### **\* Toepassing van de rechtsfiguur als vormvereiste voor het huwelijk**

**157.**Ook al passen de islamitische rechtssystemen de vertegenwoordiging toe als een grondvereiste voor het huwelijk<sup>237</sup>, meerdere Belgische<sup>238</sup> en buitenlandse<sup>239</sup>

<sup>233</sup> In zoverre de burgerlijke vorm van hun huwelijk een erkenning niet in de weg staat: cf. *infra*, hoofdstuk 6 (huwelijksvormvereisten), randnr. 178-180.

<sup>234</sup> Cf. *supra*, randnr. 58. Zoals we daar hebben gesteld, kunnen we hen daar evenwel niet toe dwingen, noch door hen strengere vormvoorwaarden op te leggen bij huwelijksluiting in België, noch in het licht van de grondvereisten, door hun huwelijksvrijheid te beperken. In het licht van de internationale beslissingsharmonie kunnen de huwelijkspartners m.a.w. opteren voor een 'tussenoplossing' die mogelijk in het land van herkomst aanvaard zal worden als assimileerbaar met een vervulling van de vertegenwoordigingsvereiste (ook al vervullen de getuigenis en de vertegenwoordiging *sensu stricto* een verschillende functie). De huwelijksvrijheid primeert evenwel. Het staat de partners vrij om de huweliksvoogd al dan niet als getuige aan te duiden.

<sup>235</sup> Zie bv. Ktr Leiden 4 maart 1982, *N.J.* 1983, nr. 700: een Marokkaanse vrouw van 19 jaar was meerderjarig geworden n.a.v. een vorig huwelijk dat inmiddels is ontbonden. Wegens die meerderjarigheid had ze geen ouderlijke instemming meer nodig. De rechter verleende een vervangende machtiging en oordeelde dat de Marokkaanse wet gezien de nauwe banden met Nederland niet moest worden toegepast.

<sup>236</sup> Hierover: V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 55.

<sup>237</sup> O.m. J.Y. CARLIER, "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 453; S. MERNISSI, "Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 123-124; H. SADEK en H. EL HADDAD, "Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 45; V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 521. Zie ook art. 6 Verdrag tussen België en Marokko betreffende de toepasselijke wet op en de erkenning van huwelijken en hun ontbinding, Rabat 15 juli 1991 (nog niet in werking).

<sup>238</sup> Rb. Brussel 18 december 1990, *J.T.* 1991, 242; Rb. Luik 3 februari 1966, *J.L.M.B.* 1965-66, 203; F. BALLION, "La pratique judiciaire et administrative et le droit maghrébin des personnes

rechters en auteurs kwalificeren de vereiste als een vormvereiste. Een huwelijk tussen bv. Marokkanen in België moet niet met vertegenwoordiging plaatsvinden.

**158.** Weliswaar wordt bij deze Belgische kwalificatie het I.P.R. nageleefd, aangezien dat voor de kwalificatienormen, o.m. de bepaling of een vereiste een grond- of vormvoorwaarde is, verwijst naar de *lex fori*. Die vaststelling neemt evenwel het risico op een hinkend huwelijk niet weg. De geldigheid van het huwelijk wordt *in casu* beoordeeld a.h.v. de *locus regit actum*-regel, terwijl de personele wet van de betrokkene(n) voor de naar eigen opvattingen grondvereiste naar het eigen recht verwijst. Op die wijze worden meerdere problemen aangaande de aanvaardbaarheid van buitenlandse rechtsfiguren al dan niet opzettelijk weggekwalificeerd<sup>240</sup>.

**159.** We gaven reeds aan dat we de voorkeur geven aan het beginsel van de huwelijksvrijheid en daarom afstand nemen van het standpunt dat erin bestaat de vereiste als grondvereiste toe te passen. Houden we vast aan de kwalificatie als grondvereiste en werpen we de B.I.P.O.O.-exceptie er systematisch tegen op, dan is *elk* huwelijk dat in België tussen of met moslims wordt aangegaan gedoemd een hinkend huwelijk te zijn.

Een kwalificatie als vormvereiste heeft als gevolg dat een huwelijk dat in het buitenland in overeenstemming met de vereiste is aangegaan vermoedelijk overal zal worden erkend. Is het huwelijk aangegaan in een Staat die de vormvereiste niet stelt, dan is het aan de Staat van herkomst om te bepalen of alsnog kan worden aangenomen dat aan de vereiste is voldaan indien de partijen ervoor hebben geopteerd om de huwelijksvoogd te laten optreden als getuige bij de huwelijksluiting<sup>241</sup>.

**160.** Ook de rechtssstelsels die de rechtsfiguur instellen, ondernemen overigens onvoldoende pogingen om op internationaal vlak meer duidelijkheid te scheppen. Het Frans-Marokkaanse verdrag bv. schept verwarring waar het stelt dat m.b.t. gemengde huwelijken die worden aangegaan in Marokko "lorsque l'épouse

---

dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles", *T. Vred.* 1989, 75; A. BELAMRI, "Overzicht van rechtspraak", in M.-CL. FOGLETS (1998), 111; J.-Y. CARLIER, "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 453; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 312. Over deze praktijk en de praktische oplossing van migranten om in hun land van herkomst het huwelijk voor een tweede keer aan te gaan, zodat het ook daar wordt erkend, of om consulaire te huwen: M.-CL. FOGLETS, "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie)", *Rev. dr. étr.* 1994, 129.

<sup>239</sup> O.m. E. RUDE-ANTOINE, "Le droit international privé et les migrations maghrébines. La question des qualifications appliquées à la formation du mariage", in E. RUDE-ANTOINE (ed.), *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Karthala, 1992, 112-113; X., "Huwten met de handschoenen in Marokko", *Burgerzaken en recht* (Ndl.) 1996, 196.

<sup>240</sup> J. MEEUSEN (1997), 258-259.

<sup>241</sup> Een dubbele huwelijksluiting biedt vermoedelijk vaak de enige oplossing: J.-Y. CARLIER, "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 453. Cf. *supra*, randnr. 59.

française n'a pas désigné de personne pouvant jouer le rôle de wali, ce rôle est rempli par le magistrat qui homologue le mariage<sup>242</sup>. Deze bepaling wekt de indruk dat de vertegenwoordiging ook naar Marokkaans recht een vormvereiste is, en niet persoons- maar plaatsgebonden is. Naar we vermoeden hanteert de Marokkaanse wetgever de tweedeling tussen grond- en vormvereisten niet en is de vereiste van toepassing zodra er een band met de Marokkaanse rechtsorde bestaat. Ons oplossingsmechanisme komt hier o.i. op voldoende flexibele wijze aan tegemoet.

**\* *Erkenbaarheid van een huwelijk in de genoemde vorm gesloten***

**161.** Is een huwelijk met vertegenwoordiging door een huwelijksvoogd gesloten in het buitenland, dan kan het in België worden erkend, mits niet betwist wordt dat een vrije en persoonlijke huwelijks toestemming is gegeven en mits er geen andere nietigheidsgronden rijzen.

De huwelijksvorm van de vertegenwoordiging sluit niet *a priori* uit dat een geldige toestemming is verleend. Onze vertrouwdheid met aanverwante rechtsfiguren in de Europese rechtsstelsels steunt ons enerzijds in deze opvatting en in de mening dat ze hanteerbaar is naar "westerse" normen. Anderzijds verwittigt onze ervaring met dergelijke huwelijksvormen ons voor de risico's ervan.

**162.** Het huwelijk bij volmacht, bij vertegenwoordiging of op afstand is, zoals we reeds illustreerden, ook de Europese rechtsstelsels niet onbekend. O.m. in Frankrijk, Duitsland en België kan een toestand van oorlog aanleiding geven tot een huwelijk bij volmacht<sup>243</sup>. Het huwelijk op afstand is tijdens de koude oorlog een praktijk geweest in Polen om gezinshereniging in Duitsland mogelijk te maken<sup>244</sup>. Sommige Staten in de V.S. kennen nog steeds het huwelijk bij volmacht, andere het huwelijk door correspondentie<sup>245</sup>. T.a.v. dergelijke huwelijken betoonde de Belgische rechtspraak zich reeds meermaals gewillig.

**163.** In de loop der jaren is o.i.v. de migratieproblematiek evenwel een grotere waakzaamheid gerezen. Vele migranten blijven uit traditie aan de buitenlandse huwelijksvormen vasthouden, ook na naturalisatie<sup>246</sup>. Bepaalde van die

<sup>242</sup> Convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, 10 augustus 1981, *J.O. fr.* 1 juni 1983, 1943. V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 55; P. DECROUX "Chronique de jurisprudence marocaine", *J.D.I. Clunet* 1985, 51; F. MONEGER, "La Convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire", *R.C.D.I.P.* 1984, 29 en 267.

<sup>243</sup> België: cf. *supra*. Frankrijk: G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris, Montchrestien, 1996, nr. 166; A. WEILL en F. TERRE, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz, 1993, nr. 211. Duitsland: DOLLE, *Familienrecht I*, 241-244. V.S.: YALE L.J. 1945-46, 743-744 (bv. zaak Commonwealth v. Amann, 58 Pa. D&C. 669 (1947)).

<sup>244</sup> F. BOULANGER (1992), 136.

<sup>245</sup> F. BOULANGER (1992), 136-137.

<sup>246</sup> S. JAHEL, "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français", *R.D.I.C.* 1994, 31-58; M.-CL. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Paris, Karthala, 1994.



huwelijksvormen, bv. huwelijken bij correspondentie, maken het vreemdelingen evenwel gemakkelijk en goedkoop om n.a.v. een huwelijk toegelaten te worden tot het verblijf. De moeilijkere controle op de huwelijksdoelstelling van de partners verhoogt tevens het risico op een schijnhuwelijk.

**164.** Dat besef heeft ertoe geleid dat de mogelijkheid van een huwelijk bij correspondentie in de V.S. wel werd behouden, maar dat gezinshereniging n.a.v. een huwelijk dat was aangegaan in afwezigheid van één van de partners onmogelijk werd gemaakt door de Immigration and Nationality Act van 27 juni 1952. De hieruit voortvloeiende ongelijke behandeling tussen gehuwden, naargelang ze al dan niet gebruik willen maken van gezinshereniging, is o.i. niet gerechtvaardigd. Een weigering van gezinshereniging kan niet steunen op een element dat de toets van de burgerrechtelijke geldigheid wél reeds heeft doorstaan. Zoals ook de Raad van State heeft aangegeven in zijn advies bij het voorstel van I.P.R.-codex moeten de verblijfsinstanties zich voor de beoordeling van de geldigheid van het huwelijk schikken naar de burgerrechtelijke behandeling ervan. Zolang het huwelijk voortbestaat en aan de andere binnenkomstvoorwaarden is voldaan, kan een verzoek tot gezinshereniging o.i. niet worden afgewezen. Hoogstens kan de beslissing worden opgeschort tot uitspraak is gedaan over een vordering tot nietigverklaring van het huwelijk, die zou kunnen worden opgeworpen door het O.M. na overleg tussen de Dienst Vreemdelingenzaken en het O.M. Buiten de arbeidsregeling is er immers geen enkele bepaling die de administratie machtigt om op eigen initiatief op te treden bij vermoeden van schijnhuwelijk<sup>247</sup>.

**165.** De Dienst Vreemdelingenzaken, meer bepaald het bureau Opsporingen, treedt vandaag reeds in contact met de parketten telkens als elementen erop wijzen dat een gesloten huwelijk een schijnhuwelijk of polygaam huwelijk is en/of de Dienst meent dat een procedure tot nietigverklaring van het huwelijk moet worden opgestart. Wordt de nietigverklaring uitgesproken, dan verbindt de Dienst Vreemdelingenzaken zich ertoe over te gaan tot de verwijdering van de betrokkene<sup>248</sup>. Deze praktijk zou ook kunnen worden toegepast voorafgaandelijk aan het verblijf, en tevens m.b.t. andere nietigheidsgronden.

**166.** We delen weliswaar eveneens de bekommernis om een afwending van het verblijfsrecht te voorkomen. Het risico op misbruik wordt evenwel best aan de wortel aangepakt. Wordt een huwelijksvorm in een bepaalde Staat toegepast, dan is het onaanvaardbaar dat een huwelijk dat in die vorm en voorts volledig rechtsgeldig wordt aangegaan, niet alle rechtsgevolgen van een geldig huwelijk zou kunnen ressorteren. Bij risico op misbruik moet de huwelijksvoltrekking worden geweigerd. Kan dat niet, omdat het huwelijk in het buitenland is aangegaan, of blijkt achteraf pas dat de toestemming gebrekkig is, dan moet het huwelijk worden vernietigd of moet minstens gerechtelijk worden aangetoond dat

<sup>247</sup> In dezelfde zin: M. NYS (2002), randnr. 749. Zie ook randnr. 750: argument van de scheiding der machten.

<sup>248</sup> Communicatie van de Dienst Vreemdelingenzaken.

het huwelijk niet voor erkenning in aanmerking komt, bv. omdat niet aan de toestemmingsvereiste is voldaan. Pas daarna kan het recht op verblijf worden geweigerd of ingetrokken. We nemen afstand van de praktijk waarmee men zich ertoe beperkt om gewoon bepaalde gevolgen van het huwelijk niet te erkennen op het ogenblik dat erom wordt verzocht, bv. bij een aanvraag tot gezinshereniging.

**167.**In België doet dit probleem zich niet rechtstreeks voor, aangezien de genoemde huwelijksvormen, behoudens in het verleden in oorlogsomstandigheden, niet toegelaten zijn.

**168.**Een huwelijk dat in het buitenland met vertegenwoordiging, met volmacht en/of op afstand is aangegaan, wordt evenwel best pas erkend na voldoende bewijs dat de partners beogen een levensgemeenschap aan te gaan. Zijn de partners niet gezamenlijk aanwezig bij de huwelijksvoltrekking, dan is een zeker wantrouwen aangaande de ware huwelijksintentie op zijn plaats.

De ambtenaar van de burgerlijke stand van de verblijfplaats van de betrokkenen kan best nagaan of de toestemming in alle vrijheid is gegeven, alvorens het huwelijk in de registers in te schrijven<sup>249</sup>.

**169.**De verblijfsinstanties kunnen zich best naar dat oordeel richten of naar een rechterlijke erkenning van het huwelijk, alvorens gezinshereniging toe te staan. De erkenbaarheid van het huwelijk is weliswaar niet ondergeschikt aan een inschrijving ervan in de Belgische registers, m.n. in de registers van de gemeente waar de partner die recht geeft op gezinshereniging is ingeschreven<sup>250</sup>. We menen niettemin dat de verblijfsinstanties kunnen vereisen dat de persoon die een beroep doet op gezinshereniging aantoont dat zijn huwelijk erkend is. Dat doet hij op grond van hetzij de inschrijving, hetzij een burgerrechtelijke uitspraak.

**170.**Samengevat zou enerzijds een radicale afwijzing van de huwelijksvorm van de vertegenwoordiging door een huwelijksvoogd niet stroken met onze omgang met aanverwante huwelijksvormen. Anderzijds kunnen we best extra op onze hoede zijn voor misbruik.

**171.**Meerdere Staten, waaronder Marokko, Irak, Tunesië en Syrië, zijn inmiddels overigens teruggekomen op hun soepele beleid inzake huwelijksvertegenwoordiging en vereisen voortaan systematisch een persoonlijke verschijning<sup>251</sup>. Het is goed denkbaar dat de andere Staten hen daar weldra in

<sup>249</sup> Zie ook F. BOULANGER (1992), 136.

<sup>250</sup> Cf. *infra*, hoofdstuk 6 (huwelijksvormvereisten), randnrs 128 en 172 en voetnoot 50

<sup>251</sup> E. SCHWELB, *l.c.*, 351. M. M'SAHLA, 93-97, beschrijft dat de Koran zelf niets bepaalt over hoe de vrouw haar huwelijk moet aangaan. De voorwaarde van de huwelijksvoogd vloeit voort uit de beschouwingen van de islamjurisconsulten. Deze hebben er niet zozeer naar gestreefd om nieuwe regels op te leggen, maar wel om oude regels in de islamleer in te passen om ze op die manier retroactief te laten 'teruggaan' op de islamleer. De Islam kreeg daardoor grotere ontplooiingskansen. Sommige bepalingen werden evenwel naar de wil van de consulten

volgen.

**\* Beoordeling in het licht van ons aanknopingsvoorstel**

**172.** We stelden in de tweede toegangspoort voor om voor vreemdelingen met stabiel verblijf in België systematisch aan te knopen bij het Belgische recht, als recht van de Staat van stabiel verblijf. Is dergelijke verblijfspositie nog niet verworven, dan zou de huwelijkskandidaat de (eenmalige) keuze worden gelaten voor een aanknopings bij zijn nationale wet, bij de wet van het voormalige stabiele verblijf of bij de Belgische wet. De gekozen aanknopings wordt bij voorgezet verblijf in België gehandhaafd tot het ogenblik waarop de betrokkene een stabiele verblijfspositie verwerft.

**173.** *In casu* zou dergelijke aanknopings niet rechtstreeks tot gevolg hebben dat het aantal erkenningsgevallen van een huwelijk bij vertegenwoordiging afneemt.

De wet van de plaats van huwelijksluiting bepaalt immers of de huwelijksvorm kan worden toegepast. Ons aanknopingsvoorstel heeft betrekking op de grondvereisten voor het huwelijk. Zijn invloeden zullen aan bod komen bij de bespreking van daadwerkelijke toestemmingsgebreken.

**174.** De huidige bespreking is erop gericht na te gaan of bepaalde huwelijksvormen een vrije toestemming in de weg staan. Vooralsnog hebben we m.b.t. het huwelijk bij vertegenwoordiging of volmacht geoordeeld dat het enerzijds een vrije toestemming niet in de weg staat, maar anderzijds het bewijs ervan kan bemoeilijken. Het is dan ook aangewezen om ter zake extra waakzaamheid aan de dag te leggen.

**175.** We gaan vervolgens in op enkele huwelijksvormen die o.i. wél onverenigbaar zijn met de toestemmingsvereiste: het postume huwelijk en het retroactieve huwelijk.

---

geplooid, bv. die m.b.t. de huwelijksvoogd. M'Sahla werpt op dat het behoud van het instituut te wijten is aan het 'besef' dat de Marokkaanse samenleving er niet klaar voor zou zijn geweest om meer de letter van de islamwet te volgen en het instituut van de huwelijksvoogd af te schaffen, dit ondanks de grotere sociale gelijkheid van man en vrouw (hierover: S. MERNISSI, "Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 124). M'Sahla noemt art. 12, lid 4 Mud. dan ook geen zins progressief waar ze meerderjarige weesmeisjes toestaat om op eigen initiatief te huwen. Geen enkele islamleer bepaalt immers voor om het even welke vrouw de leeftijd en omstandigheden van het huwelijk. Zie ook Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman*, II, Paris, Mouton & Co, 1965, 51.

### C.2.c. HET POSTUME HUWELIJK

#### \* *Ongeldig naar intern Belgisch recht*

**176.**Een postuum huwelijk is naar intern Belgisch recht ongeldig om dezelfde reden als een huwelijk bij volmacht, m.n. het hoogstpersoonlijke karakter van het huwelijk<sup>252</sup>.

**177.**Naar Frans recht is het daarentegen sinds 1960<sup>253</sup> mogelijk om postuum te huwen, ingevolge art. 171 C.C. Deze bepaling laat toe dat in bijzondere omstandigheden<sup>254</sup> op grond van een loutere huwelijksafkondiging tot een volwaardige huwelijks toestemming wordt besloten bij presidentieel decreet<sup>255</sup>.

De vereiste ernstige motieven doelden oorspronkelijk op de zwangerschap van de overlevende verloofde. Franse rechtspraak wijst evenwel uit dat na verloop van tijd ook gevolg werd gegeven aan de (vermoede) wens van de overledene of aan de doelstelling van de overlevende om met een postuum huwelijk zijn trauma te verzachten<sup>256</sup>.

---

<sup>252</sup> W. DELVA, *Personen- en familierecht* 2A, Gent, Story-Scientia, 1978, 50-51; P. SENAËVE, *Compendium* (2000), nr. 1536; H. WILLEKENS, "Artikels 146", in *Comm. Pers.* (1991), nr. 5. Zie evenwel volgende motivering door Luik 3 juni 1991, *J.T.* 1991, 658, noot D. STERCKX: "het formalisme verbonden aan de huwelijksluiting verhindert het bestaan van een huwelijk indien de man, overleden vóór de huwelijksplechtigheid, wel zijn toestemming heeft gegeven maar de vormen voorgeschreven door art. 75 B.W. niet vervuld werden".

<sup>253</sup> Ingevoerd bij Wet van 31 december 1959, *Assemblée Nationale* 29 december 1959, 3733. Zie voor een recente toepassing: Douai 4 maart 2002, *JCP* 2002, IV, 1042.

<sup>254</sup> G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris, Montchrestien, 1996, nr. 166, spreekt van 'motifs graves', 'mort brutale' en de voorwaarde dat reeds een aantal 'formalités', zoals de afkondiging, vervuld zijn. Een vrijstelling van dat laatste is evenwel mogelijk: T.G.I. Paris 10 september 1996, *R.T.D. Civ.* 1996, 881, nr. 8, noot J. HAUSER.

<sup>255</sup> Vermoedelijk is de Franse regeling ontstaan met de doelstelling om ouders toe te staan hun buitenhuwelijkse kinderen te wettigen. Patrimoniale effecten worden immers niet aan het Franse postume huwelijk gekoppeld. Het heeft louter personele gevolgen en lijkt ons dan ook overwegend door een wettigingsoogmerk te zijn ingegeven. Gezien de gevolgen van het arrest-Marckx werden de senaatsvoorstellen van 1979 en 1985 om met een nieuw art. 171bis B.W. een analoge regeling als de Franse in te voeren (*Parl. St.* Senaat B.Z. 1979, 88/1, 2 mei 1979, voorstel van wet tot invoering van het postume huwelijk en opneming van een desbetreffend artikel 171bis in het Burgerlijk Wetboek. Het voorstel werd verantwoord als liggend "in de lijn van de recente ontwikkelingen op het stuk van adoptie, wettiging door adoptie en wettiging onder bepaalde voorwaarden van overspelige kinderen". Zie ook het latere inhoudelijk analoge voorstel van wet tot invoering van het postume huwelijk en opneming van een desbetreffend art. 171bis in het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Senaat 1985-86, nr. 92-1), overbodig bevonden (Y.-H. LELEU, "Le mariage posthume en droit interne et en droit international privé", *J.L.M.B.* 1997, 1041). Over dit laatste kan evenwel discussie rijzen n.a.v. het hierna besproken Cassatiearrest.

<sup>256</sup> T.G.I. Albertville 3 juli 1987, *Gaz. Pal.* 1989, 1, 27, noot J. PASCAL; Aix-en-Provence 27 juni 1996, *J.C.P.* 1997, IV, 3996, nr. 4, noot M. FARGE (: overlijden partner drie dagen voor de geplande huwelijksluiting); Paris 20 juni 1995, *R.T.D. Civ.* 1995, 865, noot J. HAUSER (ook ouderlijk verzet kon het huwelijk niet tegenhouden); Grenoble 5 september 2001, *Juris-data*, nr. 2001-159490, *JCP* 2002, IV, 1556 (overigens vormgebrek wegens ontstentenis van afkondiging; evenwel slechts nietigverklaring als dat intentioneel gebeurde); F. BOULANGER (1992), 141; J. RUBELLIN-DEVICHI (ed.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1999, nr. 56.

Deze mogelijkheid *contrasteert* met de recente invoeging in art. 146-I C.C. dat een Franse onderdaan steeds persoonlijk moet verschijnen bij de huwelijksvoltrekking, ongeacht waar hij huwt.

**178.** We stellen vast dat het postume huwelijk sinds enkele decennia in een aantal Arabische staten, zoals Marokko, Irak, Tunesië, Syrië, wordt afgewezen<sup>257</sup>. Deze evolutie zal de internationale beslissingsharmonie op de meest efficiënte manier dienen. In afwachting van een volledige afschaffing van de betreffende huwelijksvereisten menen we evenwel dat een algemene afwijzing niet aangewezen is. In sommige samenlevingen, vooral in het verre Oosten, zou het postume huwelijk vooralsnog een grote religieuze betekenis behouden<sup>258</sup>.

**179.** De C.I.E.C. wijst in een Aanbeveling van 1976 de rechtsfiguur van het postume huwelijk zonder meer af<sup>259</sup>. Dit hangt o.i. nauw samen met de aanbeveling in art. III.7 om de huwelijksvoltrekking te onderwerpen aan voorafgaande publicatie. De aanbeveling verdient o.i. navolging, voor zover er nog geen I.P.R.-gevolgen aan worden gekoppeld t.a.v. het recht van niet-verdragsstaten. Bepaalde buitenlandse postume huwelijken kunnen o.i. met name worden erkend.

**\* *Erkenbaar mits aangegaan in overeenstemming met de lex loci celebrationis***

**180.** Sinds de jaren 1970 verzetten Belgische rechtspraak en rechtsleer zich niet langer tegen de erkenning van een buitenlands postuum huwelijk mits dit is aangegaan conform de vormvoorwaarden van de burgerlijke wet van de Staat waar de toestemming is gegeven<sup>260</sup>. De exceptie van openbare orde komt volgens enkele gezaghebbende auteurs slechts uitzonderlijk tussen<sup>261</sup>. Zij steunen zich voor deze uitspraak evenwel slechts op één enkele zaak, die weliswaar is uitgemond in een cassatiearrest. Daarnaast is ons slechts rechtspraak bekend waarbij het ontstaan in België van een postuum huwelijk werd geweigerd, tenzij bij consulaire huwelijksluiting.

<sup>257</sup> E. SCHWELB, *I.c.*, 351.

<sup>258</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 26.

<sup>259</sup> Art. III.10 Recommandation n° 2 relative au droit du mariage, 8 september 1976, in C.I.E.C., *Conventions et recommandations (1956-1987)*, Strasbourg, C.I.E.C., 1988, 334.

<sup>260</sup> G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1986), 219 en (1989), nr. 456; J. ERAUW, *Beginnelsen van internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 152; F. RIGAUX, noot onder Cass. 2 april 1981, *R.C.J.B.* 1983, 507. *Contra*: E. SPANOGHE en J. ERAUW, "Het huwelijk en de echtscheiding in het Belgische internationaal privaatrecht", *T.P.R.* 1982, 301-304. Bepaalde rechtssystemen, waaronder het Duitse, stellen zich nog soepeler op en erkennen huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan in strijd met de vormvoorwaarden van de *lex loci celebrationis*, mits de betrokkenen hun personele wet hebben nageleefd: G. KEGEL, *Internationales Privatrecht: ein Studienbuch*, Reeks Juristische Kurz-Lehrbücher, München, Beck, 1995, 511; § 16-2 Oostenrijkse I.P.R.-Gesetz, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 7 juli 1978, nr. 304, 1729, vertaling in het Frans in: *R.C.D.I.P.* 1979, 178.

<sup>261</sup> F. RIGAUX en M. FALLON, *Droit international privé. Tome II. Droit positif belge*, Brussel, Larcier, 1979, 209.

**181.** We staan hieronder stil bij enkele kwalificatielessen die we menen te kunnen trekken uit de ons bekende uitspraken. Onze evaluatie kan slechts steunen op de stellingname van de betrokken rechters. We vermoeden dat een uitspraak in andere zin tot een publikatie zou hebben geleid<sup>262</sup>.

**182.** Het Hof voor de Mensenrechten is vooralsnog niet gevat met de vraag of een postuum huwelijk toelaatbaar is en beschermd dient te worden in het licht van art. 12 E.V.R.M. We vermoeden dat het Hof dergelijke uitspraken hoedanook aan de discretionaire beoordelingsmacht van de Verdragsstaten zou overlaten. De voormalige E.C.R.M. heeft in 1984 wel geoordeeld dat art. 12 E.V.R.M. de rechtsonderhorigen van de Verdragsstaten alvast geen recht verleent om postuum te huwen<sup>263</sup>. Deze opvatting valt tevens af te leiden uit punt 10 Aanbeveling Algemene vergadering C.I.E.C. betreffende het huwelijksrecht van 8 september 1976.

**183.** De ons bekende rechtspraak koppelt de beoordeling van de geldigheid van een postuum huwelijk los van de vraag of aan de toestemmingsvereiste is voldaan<sup>264</sup> en beoordeelt ze in het licht van de vormvereisten<sup>265</sup>. Dit laat toe te vermoeden dat de evaluatie is ingegeven door de zorg om te komen tot internationale beslissingsharmonie. Dit streven ligt volledig in de lijn van de functionele werking van de BIPOO. Waar internrechtelijk een principiële invulling wordt gegeven aan het begrip 'openbare orde', gebeurt dat in I.P.R.-materies effectevaluerend. Een rechtsverhouding die in het buitenland is ontstaan, wordt bij haar beoordeling geplaatst in het licht van de realiteit die die rechtsverhouding reeds heeft gevormd<sup>266</sup>. Vanuit die realiteit wordt geoordeeld of de effecten die de rechtsverhouding in België zou ressorteren al dan niet onaanvaardbaar zijn. In plaats van principieel te redeneren, wordt gekeken naar de mogelijke resultaten. Deze worden bovendien zacht behandeld in dat opzicht dat ze slechts onmogelijk worden gemaakt als ze manifest ingaan tegen de meest fundamentele principes van onze rechtsorde<sup>267</sup>.

<sup>262</sup> Maar we kunnen dat helaas – gezien het gebrek aan systematiek en centralisatie, zeg maar: gezien het gebrek aan publicatiebeleid – niet met zekerheid aannemen. Zoals gezegd kan onze rechtspraakanalyse dan ook slechts een toetssteen vormen voor de eigen opvattingen in dit verband, en geen beeld geven van algemeen aanvaarde beoordelingscriteria, aangezien die er vermoedelijk niet zijn.

<sup>263</sup> E.C.R.M. nr. 10995/84, zaak-M. t. Duitsland, 13 december 1984, *D&R* 41, 259.

<sup>264</sup> Deze vraag wordt nochtans terecht gesteld en wordt beantwoord a.h.v. de personele wet van de betrokkenen of van de *lex fori*.

<sup>265</sup> Cass. 2 april 1981, *R.W.* 1982-83, 922, ter bevestiging van Luik 6 februari 1980, *J.T.* 1980, 492, ter bevestiging (althans wat de erkenning van het huwelijk betreft, cf. *infra*, het afwijkende oordeel m.b.t. de vordering tot schadevergoeding) van Rb. Aarlen 16 januari 1973, *J.L.M.B.* 1973-74, 156 en *Rev. Crit. D.I.P.* 1973, 322; F. RIGAUX (vormvoorwaarde en bijgevolg nooit mogelijk in België, maar wel tussen Belgen in buitenland), versus J.-Y. CARLIER (distributieve grondvoorwaarde): zie V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 56.

<sup>266</sup> Zie deel 4 (polygamie), hoofdstuk 2, randnr. 1 en hoofdstuk 4, randnr. 24: de leer van het voldongen feit in het Nederlandse verblijfsrecht. Hierover: A.P.M.J. VONKEN, *Artikelsgewijs commentaar personen- en familierecht*, Kluwer, Deventer, losbl., 10.2.

<sup>267</sup> Cass. 27 februari 1986, *R.C.J.B.* 1989, 56, noot N. WATTE ("l'arrêt tient compte de l'évolution

**184.** Steunend op het *adagium* '*nemo censetur ignorare legem*' gaan wij ervan uit dat een persoon wiens personele wet een postuum huwelijk toelaat, ook al voorziet hij vermoedelijk niet het risico van een voortijdig overlijden, de vergaande draagkracht van een huwelijksafkondiging inziet en officieel melding zal doen of laten doen van een intrekking van zijn toestemming, alvorens het te laat is. Niets belet overigens elke belanghebbende om aan te tonen dat de toestemmingsvereiste *in casu* was geschonden. Dit bewijs zal niet eenvoudig zijn. Een geheel van vermoedens of duidelijke tekenen, bv. de vrijwillige beëindiging van een reeds aangevatte samenwoning, de vrijwillige verbreking van elk contact of de verloving met een derde, kunnen evenwel voldoende overtuigend zijn.

**185.** De postume huwelijksvorm doet niet alleen de vraag rijzen naar de vervulling van de vereiste van een geldige toestemming, maar heeft tevens als gevolg dat de vereiste dat beide partners nog in leven zijn wordt ontweken. In het licht van ons aanknopingsvoorstel menen we dat het in hoofde van een stabiele verblijfhouder getuigt van *fraude à la loi* om een postuum huwelijk aan te gaan in het buitenland na huwelijksaangifte in België<sup>268</sup>.

**186.** Ook als beide feiten, de afkondiging en het overlijden, in Frankrijk plaatsvinden, kan o.i. evenwel best niet worden afgeweken van het aanknopingsvoorstel. In dergelijk geval is er, zoals gezegd, nochtans vermoedelijk geen sprake van opzettelijke fraude. Er zal door dergelijke weigering overigens een hinkend huwelijk ontstaan.

De aanknopingsregel wijst evenwel uit dat de betrokkenen een sterkere band vertonen met de Belgische rechtsorde. Hun huwelijks toestemming wordt best in toepassing van Belgisch intern recht beoordeeld. Zoals we reeds aangaven, menen we dat er naar Belgisch recht geen sprake is van een volwaardige toestemming. Slechts als aangeknoopt wordt bij buitenlands recht kan, op grond

---

des idées au sujet de la situation des enfants nés hors mariage"); Cass. 2 april 1981, *R.W.* 1982-83, 922; Brussel 26 oktober 1983, *Rev. dr. étr.* 1985, 29 (erkenning van een tweede huwelijk dat tijdens het bestaan van een eerste huwelijk was aangegaan in Marokko, na verstoting van de eerste vrouw); zie bv. G. VAN HECKE, "Le mariage polygamique", *R.C.J.B.* 1971, 10-11, n.a.v. Luik 23 april 1970: "Par l'exception de l'ordre public le juge belge ne peut s'ériger de l'activité législative des autres états. Il doit se borner à refuser de consacrer par sa décision des effets de droit absolument incompatibles avec les conceptions fondamentales de notre ordre juridique. Il ne s'agit donc pas de se prononcer sur l'institution du mariage polygame comme telle. Il s'agit au contraire de vérifier si l'effet juridique concret dont la consécration judiciaire est demandée, est admissible".

<sup>268</sup> We menen evenwel dat dergelijke situatie zich slechts uitzonderlijk zal voordoen. De Franse autoriteiten zullen o.i. de erkenning van het huwelijk bij presidentieel decreet voorbehouden aan personen die hun huwelijk in Frankrijk hebben afgekondigd en waarbij bovendien de partner in Frankrijk komt te overlijden. Deze voorwaarden sluiten frauduleus gebruik van de regeling zo goed als uit. Het is immers niet nodig om met voorbedachten rade een huwelijk in Frankrijk te gaan afkondigen. Weet men dat de partner op sterven ligt, dan kan immers in België een huwelijks sluiting in extremis plaatsvinden. De aangifteplicht kan worden opgeheven of de wachttermijn na aangifte kan worden ingekort in dergelijk geval: art. 165 § 2 B.W.

van de zwakke banden met de Belgische rechtsorde, soepeler worden opgetreden d.m.v. de verzachte werking van de BIPOO-exceptie<sup>269</sup>.

**187.** De soepelheid waarmee reeds is omgegaan met postume huwelijken<sup>270</sup> contrasteert met de geïllustreerde waakzaamheid t.a.v. het huwelijk bij volmacht. Bij een postuum huwelijk is de toestemming nochtans gebaseerd op aanwijzingen die noch op het ogenblik van huwelijksluiting, noch achteraf expliciet kunnen worden bevestigd. Het zou bijgevolg integendeel te verwachten zijn dat tegen dergelijke huwelijken nog terughoudender wordt opgetreden dan tegen huwelijken bij volmacht. Het is niet eens meer mogelijk om de betrokkene te vragen of zijn toestemming bij de huwelijksafkondiging of –aangifte wel vrij en volledig was.

**188.** Mogen we hieruit afleiden dat de I.P.R.-rechtspraak het vooral moeilijk heeft met rechtsfiguren waar noch onze rechtsorde, noch een ander vertrouwd Europees rechtstelsel ervaring mee heeft? Is zijn aanpak in dat geval weliswaar niet ingegeven door nationalisme, maar mogelijk wel door eurocentrisme?

**189.** We menen dat het te vroeg is voor een antwoord op deze vraag. Het is immers denkbaar dat de soepelheid louter berust op het argument dat er buiten het postume huwelijk geen alternatief bestaat om de gezinsband te regulariseren eens één van de partners is overleden. Het verbieden van een huwelijk bij volmacht staat een latere huwelijksluiting daarentegen niet in de weg, tenzij in een risicosituatie zoals oorlog. Precies in deze hypothese is naar Belgisch recht

<sup>269</sup> We stemmen dan ook niet in met Cass. 2 april 1981, *R.W.* 1982-83, 922, dit zowel op het vlak van de beoordeling van de toestemming als op het vlak van de rechtsgevolgen die aan het huwelijk kunnen worden toegekend. Een zwangere Belgische vrouw was haar geliefde verloren in een auto-ongeval en verkreeg van de Franse president de toestemming om haar huwelijk postuum te laten vaststellen. Daartoe was aan de twee vereisten naar Frans recht voldaan: beide partners hadden het huwelijk reeds laten afkondigen en er was een uitzonderlijke situatie, m.n. de zwangerschap van de vrouw. Na vaststelling van het huwelijk stelde de vrouw een vordering tot schadevergoeding in t.b.v. het kind en van zichzelf als weduwe. De Arlonse rechter weigerde haar de vergoeding als weduwe, op grond van de stelling dat de Franse wet aan een postuum huwelijk elk patrimoniaal gevolg ontzegt. Hij kende de vrouw slechts een schadevergoeding toe als verloofde van het slachtoffer. In hoger beroep werd de vrouw in het gelijk gesteld. De Franse bepaling sluit volgens de rechter slechts expliciet onderlinge erfrechtelijke (ab intestato) en familiaalvermogensrechtelijke gevolgen uit. T.a.v. derden is daarentegen niets bepaald. Het Hof van Cassatie heeft deze uitspraak bevestigd. Het huwelijk meer dan een morele werking verlenen, was evenwel vermoedelijk niet de doelstelling van de Franse wetgever: A. WEILL en F. TERRE, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz, 1993, nr. 212, stellen dat een postuum huwelijk naar Frans recht slechts aanleiding kan geven tot de wettiging van een eventueel uit de relatie geboren kind en tot schenkingen met het oog op het huwelijk, op naam van de echtgenote. De beroepsrechter en het Hof van Cassatie hebben een equivalentie aangenomen tussen een gemeenrechtelijk huwelijk en een postuum huwelijk, terwijl de Franse wetgever dergelijke equivalentie net heeft uitgesloten, om misbruik van het huwelijksinstituut te voorkomen. De Franse wet is o.i. verkeerd toegepast. Het I.P.R. laat dat niet toe. Inmiddels blijkt het Franse Hof van Cassatie de genoemde meerderheidsopvatting binnen de rechtsleer evenwel tegen te spreken. In een uitspraak van 2001 heeft het Hof geoordeeld dat een postuum huwelijk recht geeft op een weduwenpensioen: Cass. fr. 15 februari 2001, *D.* 2002, *Somm.*, 535, noot J.J. LEMOULAND.

<sup>270</sup> Zie o.m. Cass. 2 april 1981, *R.W.* 1982-83, 922.



een huwelijk bij volmacht toegelaten. Ook voor andere afwijkingen van de standaard-huwelijksvereisten is ruimte bij wijze van *last resort*. Dit blijkt o.m. uit de vaststelling dat een vormloos huwelijk in meerdere rechtsstelsels kan worden erkend als (maar dan ook alleen als) een officiële huwelijksvoltrekking niet heeft *kunnen* plaatsvinden<sup>271</sup>. Ook de mogelijkheid van een huwelijk *in extremis*<sup>272</sup>, waarbij de omstandigheden niet langer toelaten dat nog geloof wordt gehecht aan het cruciale voornemen om een levensgemeenschap aan te gaan, kadert vermoedelijk binnen dergelijk *last resort*-denken.

**\* Niet erkenbaar als aangegaan in strijd met de *lex loci celebrationis***

**190.**In het licht van de beoordeling van een postume huwelijksluiting als wijze van huwelijksluiting, m.a.w. huwelijksvorm, kan een postuum huwelijk in België slechts worden aangegaan voor een diplomatieke ambtenaar van een zendstaat die postume huwelijksluitingen toelaat<sup>273</sup>.

**191.**De aangehaalde soepelheid in het licht van een *last resort*-denken gaat niet zover dat op Belgisch grondgebied na het overlijden van één van de partners alsnog een regeling zou worden toegestaan. Dit blijkt o.m. uit de weigering door het Luikse Hof om een huwelijk te erkennen tussen een Belg en een Italiaanse die op het ogenblik van de aanvraag om een vonnis ter vervanging van de ontbrekende huwelijksakte reeds was overleden<sup>274</sup>. Het koppel was in België reeds volgens de katholieke rite gehuwd en had de eerste formaliteiten met het oog op een burgerlijk huwelijk vervuld vóór het overlijden. Het Luikse Hof meende terecht aan deze handelingen geen rechtsgevolgen te kunnen toekennen, aangezien een religieus huwelijk in België juridisch ongeldig is<sup>275</sup>. De persoon die het huwelijk religieus voltrekt alvorens het burgerlijk is voltrokken, is overigens strafbaar op grond van art. 267 Sw.<sup>276</sup>. Ook de registratie van het religieuze huwelijk op het Italiaanse consulaat kon het huwelijk geen geldig karakter verlenen.

**192.**De Naamse rechtbank heeft in 1987 evenwel, tegen alle regels in, een postuum huwelijk tussen Belgen in België aanvaard<sup>277</sup>. In tegenstelling tot de Franse houding ter zake werd de postume huwelijksluiting bovendien

<sup>271</sup> A. DYER, *l.c.*, 47.

<sup>272</sup> Antwerpen 7 februari 2001, *T.B.B.R.* 2001, 498.

<sup>273</sup> Impliciet: Luik 4 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1036, noot Y.-H. LELEU.

<sup>274</sup> Luik 4 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1036, noot Y.-H. LELEU.

<sup>275</sup> Rb. Dendermonde 26 juni 1989, *Pas.* 1990, III, 15; Rb. Antwerpen 7 maart 1986, *R.W.* 1986-87, 953, noot L. DE FOER; Rb. Brussel 29 oktober 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 291; Rb. Brussel 21 maart 1980, *Pas.* 1980, III, 28; Rb. Bergen 23 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 403, noot M. TAVERNE.

<sup>276</sup> Zie o.m. Rb. Dendermonde 29 juni 1989, *Pas.* 1990, III, 15, noot F.B. De uitspraak zou anders zijn geweest als het religieuze huwelijk in Italië was voltrokken. Italië erkent het louter religieuze huwelijk. Het zou bijgevolg naar grond en naar vorm geldig zijn voltrokken, ook indien beide partners Belg waren geweest: F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 317-318; M. VERWILGHEN, "Un cas de mariage confessionnel contracté par des Belges à l'étranger", *J.T.* 1970, 57. Cf. *infra*, hoofdstuk 6 (vormvereisten), randnrs 204 e.v.

<sup>277</sup> Rb. Namen 29 april 1987 en 10 november 1987 (rectif.), *J.T.* 1990, 13, noot D. STERCKX.

toegestaan terwijl de overlevende geen uitzonderlijke reden, zoals zwangerschap, kon aanvoeren. De toelating werd gegeven terwijl de rechter ervan op de hoogte was dat de voornaamste drijfveer van louter fiscale aard was. De rechter had gesteld dat ‘l’officier de l’état civil n’a d’autre mission que de lui (le mariage) donner un caractère d’authenticité”; “les parties ont manifesté de façon répété et non-équivoque leur consentement à se marier et que toutes les formalités préalables ont été accomplies”. De toestemming tot het huwelijk werd in het ziekenhuis gegeven, in het bijzijn van enkele verpleegsters. Ook de ambtenaar van de burgerlijke stand was reeds op de hoogte van de trouwplannen. Deze waren eveneens aangekondigd in een dagblad.

**193.**Meerdere auteurs reageerden begrijpelijkerwijze afwijzend op de aanname dat deze elementen de noodzakelijke verschijning voor de ambtenaar van de burgerlijke stand konden vervangen.

Het Luikse hof heeft een latere gelijkaardige uitspraak van de Naamse rechtbank vernietigd<sup>278</sup>.

**\* Geen verlening van het voordeel van een putatief huwelijk**

**194.**In het kader van de nietigverklaring van postume huwelijken die zijn aangegaan in strijd met de *lex loci celebrationis* wordt bovendien betwist of het voordeel van een putatief huwelijk kan worden verleend bij goede trouw. Een Luiks arrest en een Brussels vonnis van resp. 1997 en 1980<sup>279</sup> komen terug op hun eerdere uitspraken in bevestigende zin<sup>280</sup>. We kunnen ons aansluiten bij hun – naar ons weten – huidige opvatting dat de nietigheid van openbare orde is.

**195.**Deze kwalificatie wekt het vermoeden dat mede in het licht van de toestemmingsvereiste wordt geoordeeld. We menen dat deze aanpak aangewezen is. Een rechter in het land van huwelijkssluiting zal o.i. tot absolute nietigheid besluiten vanuit de redenering dat het voor hem onmogelijk is om de geldigheid van de toestemming na te gaan<sup>281</sup>.

<sup>278</sup> Luik 3 juni 1991, *Rev. rég. dr.* 1991, 433, ter vernietiging van Rb. Namen 17 oktober 1990, *onuitg.*

<sup>279</sup> Rb. Brussel 21 maart 1980, *Pas.* 1980, III, 28 (nietigheid van openbare orde); impliciet: Luik 4 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1039.

<sup>280</sup> Luik 19 februari 1953, *Pas.* 1954, II, 2 en *R.C.J.B.* 1953, 253, noot C. PIRET; Rb. Brussel 21 april 1956, *Pas.* 1957, II, 79; E. VIEUJEAN, “Examen de jurisprudence (1976-1982)- Les personnes”, *R.C.J.B.* 1986, 544. M.b.t. niet-verschijning voor de ambtenaar van de burgerlijke stand: Luik 19 februari 1953, *R.C.J.B.* 1953, 253, noot PIRET.

<sup>281</sup> Zie ook Duitse en Franse rechtsleer in deze zin: F. BOULANGER, “Die französische Gesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1954-1959”, *RabelsZ.* 1960, 577; H. DOLLE, *Familienrecht I*, Karlsruhe, 1964, 245; P. ESMEIN, noot onder T.G.I. La Seine 25 mei 1964, *D.* 1964, *Jurispr.* 548; P.H. NEUHAUS, *Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1979, 15; L. MACHEREY, *Die postmortale Eheschließung in Frankreich*, Köln, Kleinkamp, 1969, 134-136; VAN SASSE VAN YSSELT, “Die weetlichen Merkmale des Niederländischen Personenstands-, Ehe- und Kindschaftsrecht und dessen Berührungspunkte zum Deutschen Recht”, *StAZ* 1966, 189-198; G. KEGEL (1995), 266;

**196.** Ofwel wordt de toestemming van de betrokkene naar buitenlands recht beoordeeld, m.n. naar zijn *lex patriae* of naar de wet van de Staat van voormalig stabiel verblijf. De huidige aanknopingsregeling verwijst voor elke vreemdeling naar zijn *lex patriae*. Ons aanknopingsvoorstel beperkt deze aanknopingswijze tot de vreemdeling zonder stabiele verblijfpositie die ervoor opteert<sup>282</sup> en die niet voorheen hoofdzakelijk aan de Belgische familiewet of de familiewet van de Staat van zijn (vroegere) stabiele verblijfpositie was onderworpen.

**197.** De betrokken buitenlandse wet waarbij t.b.v. de overledene wordt aangeknoopt laat weliswaar mogelijk een postuum huwelijk toe. Deze toelating kadert o.i. evenwel in een ruimere regeling die garanties biedt voor de actualiteit van de toestemming. Zijn die garanties niet praktisch mogelijk gemaakt of aangereikt door de *lex loci celebrationis*, bv. omdat pas na de afkondiging of aangifte een onderzoek aanvangt naar de toelaatbaarheid van het huwelijk, dan kan niet genoegzaam op dat moment reeds gewaarborgd worden dat de toestemming geldig is.

**198.** Slechts personen van wie voldoende vaststaat dat ze daadwerkelijk het huwelijk en zijn gevolgen hebben beoogd, kunnen het voordeel van een putatief huwelijk genieten.

**199.** Ofwel wordt de toestemming van de partners in toepassing van Belgisch recht beoordeeld.

**200.** De toestemming is slechts geldig als ze is vastgesteld door de autoriteit die bevoegd is voor de huwelijkssluiting.

**201.** Vereist de *lex loci celebrationis* een burgerlijke huwelijkssluiting, dan komt het slechts aan de ambtenaar van de burgerlijke stand toe om de toestemming van de partners vast te leggen. Dergelijke vaststelling is m.a.w. een noodzakelijke voorwaarde om van een toestemming, en bijgevolg ook van een huwelijk te kunnen spreken: '*point de mariage sans cérémonie*'<sup>283</sup>. Het voordeel van een putatief huwelijk kan niet worden verleend<sup>284</sup>.

**202.** Het optreden van de ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden opgedeeld in enerzijds een beschermend formalisme en anderzijds een ritueel

<sup>282</sup> Het betreft een verplichte optie bij het eerste contact met een burgerrechtelijke instantie (ambtenaar van de burgerlijke stand of burgerlijke rechter): cf. *supra*, deel 2B, randnrs 78, 80, 121, 142, 145 en 226.

<sup>283</sup> De taak van de ambtenaar bestaat erin "d'établir les précautions suffisantes pour reconnaître la volonté réelle": LAINE en DE BRUYNE, bijgewerkt door D. STERCKX, "Le mariage en droit civil", in *Rép. Not., I, Les personnes*, liv. 9, 1992, nr. 103; Y.-H. LELEU, "Le mariage posthume en droit interne et en droit international privé", *J.L.M.B.* 1997, 1039; D. STERCKX, noot onder Rb. Namen 29 april 1987 en 10 november 1987 (rectif.), *J.T.* 1990, 13 en *Rép. Not.* 1992, 53; E. VIEUJEAN, *Les personnes, II*, Luik, P.U. Liège, 1984, nr. 324.

<sup>284</sup> Luik 4 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1039; D. STERCKX, noot onder Rb. Namen 29 april 1987 en 10 november 1987 (rectif.), *J.T.* 1990, 13 en *Rép. Not.* 1992, 53.

formalisme<sup>285</sup>.

Het beschermende formalisme bestaat erin de toestemming van de partners te laten akteren door een officiële instantie. Zoals gesteld, betreft het een virtuele nietigheidsvoorwaarde<sup>286</sup>.

Het rituele formalisme bestaat in het uitspreken van de rituele woorden en het opstellen van de huwelijksakte. Deze rituele woorden van de bevoegde ambtenaar zijn op zich slechts declaratief, niet constitutief voor de toestemming. Dit verklaart o.m. waarom een gebrekkige akte bij rechterlijke uitspraak kan worden gecorrigeerd<sup>287</sup>.

**203.**Is de voorwaarde van het beschermend formalisme vervuld, dan kan de vrijheid of echtheid van de toestemming achteraf alsnog worden betwist om reden van dwaling, dwang, geweld of veinzing<sup>288</sup>. De werkelijke toestemming heeft bijgevolg voorrang op de toestemming zoals die voor de ambtenaar van de burgerlijke stand is uitgedrukt. Deze uitdrukking is evenwel een eerste noodzakelijke voorwaarde opdat de toestemming naar Belgisch recht als geldig kan worden beoordeeld. Er moet een vergelijking kunnen worden gemaakt: is er geen verschijning geweest, dan is er geen vermoeden van toestemming, dat desgevallend kan worden weerlegd.

**204.**Kan een huwelijk religieus worden aangegaan, maar moet het worden geregistreerd, dan volstaat een optekening van de toestemming door de religieuze autoriteit, onder dezelfde voorwaarden als hierboven uiteengezet m.b.t. de ambtenaar van de burgerlijke stand.

**205.**De resp. grond- en vormvereiste van de toestemming en de optekening ervan door de voor de huwelijksluiting bevoegde instantie hebben m.a.w. een noodzakelijk raakvlak.

Geldt een registratieverplichting, dan kan niets dat raakvlak vervangen. In een Staat die slechts een burgerlijke huwelijksluiting toelaat, kan ook een religieuze viering niet het bewijs leveren van een huwelijks toestemming. De feitelijke waarde die in vele omstandigheden wordt toegekend aan het gegeven van een religieuze viering<sup>289</sup> (*cf. infra*), heeft er geen betekenis als het erop aankomt de burgerrechtelijke geldigheid van de toestemming te beoordelen.

**206.**Verbiedt de *lex loci celebrationis* een postume huwelijksluiting, maar laat hij

<sup>285</sup> Y.-H. LELEU, *l.c.*, 1039.

<sup>286</sup> LAINE en DE BRUYNE, bijgewerkt door D. STERCKX, "Le mariage en droit civil", in *Rép. Not., I, Les personnes*, liv. 9, 1992, nr. 127.

<sup>287</sup> Bv. in het kader van art. 198-200 B.W.

<sup>288</sup> Ook inzake bevoegdheid kan betwisting rijzen. Wanneer het huwelijk wordt gesloten voor de verkeerde ambtenaar van de burgerlijke stand, wordt het huwelijk pas nietigverklaard wanneer deze fout opzettelijk en dus frauduleus gebeurde.

<sup>289</sup> J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 42.

toe dat een huwelijk vormloos wordt aangegaan, dan geldt geen vormvereiste opdat de toestemming zou kunnen worden aangetoond. Wordt evenwel gewag gemaakt van een 'postuum huwelijk', dan is de huwelijkstoestemming niet uitgesproken vóór het overlijden. Aangezien er geen ander ogenblik is bepaald waarop een toestemming kan worden verleend die even geldig kan worden bevonden als de definitieve huwelijkstoestemming bij een huwelijkssluiting bij leven - precies omdat een vormloos huwelijk geen voorafgaande formaliteiten vergt - gaat een vormloos huwelijk steeds in op het ogenblik dat de eerste toestemming wordt uitgesproken. Er is geen voorafgaande periode waarin reeds doorslaggevende eerste stappen worden gezet. De noties 'postuum huwelijk' en 'vormloos huwelijk' zijn o.i. m.a.w. onverenigbaar.

**207.** Het bestaan van een huwelijkstoestemming kan bijgevolg slechts worden aangenomen als het huwelijk wordt gesloten in een Staat die postume huwelijken toelaat en die voldoende waarborgen biedt dat de huwelijkstoestemming vooraf op geldige wijze is verleend.

**208.** Pas als aannemelijk is dat een partner een huwelijkstoestemming heeft verleend, kan worden aangenomen dat hij te goeder trouw heeft gemeend gehuwd te zijn en kan bij een nietigverklaring het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend.

**209.** Aangezien niet met zekerheid kan worden aangenomen dat de overleden partner bij postume huwelijksluiting in overtreding van de *lex loci celebrationis* in het huwelijk heeft toegestemd, kan hem alvast niet het voordeel van een putatief huwelijk worden toegekend.

**210.** De andere partner kan mogelijk wél te goeder trouw een huwelijkstoestemming hebben verleend. Mogelijk beseftte hij niet dat het postume huwelijk niet kon worden aangegaan.

We menen evenwel dat het niet billijk zou zijn om deze overlevende partner het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen, met alle financiële voordelen als gevolg, terwijl de overledene de gevolgen hiervan bij leven mogelijk nooit heeft kunnen inschatten. Aangezien we niet kunnen aannemen dat hij in het huwelijk heeft toegestemd, kunnen we evenmin aannemen dat hij ooit heeft geweten (laat staan gewild) dat bepaalde huwelijksgevolgen zouden ontstaan. Zijn situatie onderscheidt zich van de situatie van een partner te kwader trouw. Deze wenst evenmin dat aan de andere partner bepaalde huwelijkse voordelen worden toegekend, terwijl die hemzelf worden ontzegd. Hij had evenwel door het geven van zijn toestemming in het huwelijk (ook al wist hij dat die ongeldig was) kunnen verwachten dat bepaalde huwelijksgevolgen zouden ontstaan.

**211.** We stellen m.a.w. voor om een ongeldig postuum huwelijk absoluut nietig te verklaren, zonder mogelijkheid om één van de partijen het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen.

### C.2.D. HET RETROACTIEVE HUWELIJK

#### **\* Ongeldig naar intern recht – ongekend naar internationaal recht**

**212.** Terwijl bij een geldig postuum huwelijk de toestemming nog enigszins officieel is bepaald door de afkondiging<sup>290</sup>, bestaat een retroactief huwelijk fictief *solo consensu* tijdens de periode die voorafgaat aan de datum van opstelling van de huwelijksakte. Retroactiviteit aanvaarden komt bijgevolg neer op het aanvaarden van de fictie van een huwelijk *solo consensu* dat achteraf wordt 'geregulariseerd'.

**213.** Naar Belgisch recht kunnen noch postume huwelijken, noch huwelijken *solo consensu*, noch huwelijken waar die ongeschreven *consensus* louter wordt gefingeerd, ontstaan. Dit volgt impliciet uit onze invulling van de toestemmingsvereiste en uit de ongeschreven vereiste dat beide partners in leven moeten zijn. We stonden hier reeds bij stil.

**214.** In het internationale recht wordt deze huwelijksvorm niet behandeld. Naar ons weten verwijst geen enkele verdragsbepaling naar het retroactieve huwelijk.

#### **\* Erkenbaarheid, behoudens bij onaanvaardbare rechtsgevolgen**

##### **- Een retroactief huwelijk is in beginsel erkenbaar**

**215.** De Brusselse rechtbank en de vrederechter van Sint-Gillis hebben reeds een retroactief huwelijk erkend dat in het buitenland was aangegaan tussen vreemdelingen, van wie de nationale wet de retroactieve werking verenigbaar bevond met de toestemmingsvereiste<sup>291</sup>. Meerdere Nederlandse auteurs nemen eenzelfde houding aan<sup>292</sup>. Vaak wordt daarbij de voorlegging gevorderd van een rechterlijke verklaring, bij voorkeur vergezeld van andere schriftelijke documenten die de geldigheid van het huwelijk staven<sup>293</sup>. De mogelijkheid om een retroactief huwelijk aan te gaan, wordt beoordeeld als loutere vormvereiste<sup>294</sup>.

<sup>290</sup> Zeker in Staten die toelaten dat aan de afkondiging het vergaand rechtsgevolg van een geldige huwelijksluiting wordt gekoppeld na rechterlijke of presidentiële machtiging.

<sup>291</sup> Rb. Brussel 21 januari 1980, A.R. 62.632, *onuitg.*, *aangeh.* door F. BALLION, "La pratique judiciaire et administrative et le droit maghrébin des personnes dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles", *T. Vred.* 1989, 73-74 (*cf. infra*); *Vred. Sint-Gillis* 27 december 1983, *T. Vred.* 1985, 275.

<sup>292</sup> O.m. Rb. Rotterdam 28 juli 1975, *N.J.* 1976, 478; Rb. Rotterdam 12 juli 1976, *N.J.* 1978, 133; Rb. Arnhem 1 mei 1980, *N.J.* 1981, 94; Rb. Utrecht 16 maart 1983, *N.I.P.R.* 1984, 253.

<sup>293</sup> S. RUTTEN, *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, Kampen, Uitgeversmaatschappij J.H. KOK, 1988, 28; F.J.A. VAN DER VELDEN, "De Burgerlijke Stand in Marokko", *Migrantenrecht* 1986, 172.

<sup>294</sup> Rb. Rotterdam 28 juli 1975, *N.J.* 1976, 478: islamitisch huwelijk op Marokkaans consulaat in Rotterdam. Uit een latere beslissing van een Marokkaanse notariële rechtbank blijkt dat de huwelijkspartners reeds sinds enkele jaren vóór het huwelijk samenleefden als man en vrouw. Naar Marokkaans recht werden ze sindsdien als gehuwd beschouwd. Het kind is een huwelijks

**216.** De Brusselse rechtbank heeft in 1980 tevens aangenomen dat een kind kan worden gewettigd door een retroactief huwelijk<sup>295</sup>. De rechter steunde zijn uitspraak op de overweging dat enkel door de terugwerkende kracht van het retroactieve huwelijk een buitenhuwelijks kind naar Marokkaans recht kan worden gewettigd<sup>296</sup>. De verwekking wordt d.m.v. deze techniek m.n. geacht te hebben plaatsgevonden binnen de termijn die wettelijk is vastgesteld voor een huwelijks afstamming<sup>297</sup>. De Turkse overheid verleent partners d.m.v. de zogenaamde Amnestiewetten<sup>298</sup> overigens expliciet de mogelijkheid om hun samenwoning retroactief als een huwelijk te kwalificeren en de eruit geboren kinderen te wettigen.

**217.** Voor de erkenning van een retroactief huwelijk volstaat volgens de genoemde instanties dat de huwelijksakte vermeldt dat de toestemming met het huwelijk was gegeven op het beweerde ogenblik<sup>299</sup>. Eventueel misbruik kan worden gecorrigeerd door een latere vordering tot nietigverklaring. Dergelijke vordering is reeds toegewezen n.a.v. een zaak waarbij eiseres had aangetoond dat haar toestemming *in casu* onvoldoende was bewezen door de getuigenverklaring van twaalf personen, op grond waarvan het huwelijk geldig was bevonden<sup>300</sup>. De Marokkaanse minister van Justitie had de rechter in dezelfde zin geadviseerd dat een persoonlijke verklaring van de echtgenoten waarin ze een vroegere huwelijksdatum bevestigden, geldig was, maar dat een loutere getuigenverklaring niet volstond.

#### **\* Evaluatie in het licht van het publiekrecht**

**218.** De huidige soepele erkennings-'politiek'<sup>301</sup>, behalve als het retroactieve huwelijk ongewenste gevolgen zou doen ontstaan<sup>302</sup>, zoals in het zopas

---

kind. In dezelfde zin: Rb. Rotterdam 12 juli 1976, *N.J.* 1978, 133; Rb. Arnhem 1 mei 1980, *N.J.* 1981, 94 (ook het polygame karakter van het huwelijk stond de erkenning niet in de weg); Rb. Utrecht 16 maart 1983, *N.I.P.R.* 1984, 253.

<sup>295</sup> Rb. Brussel 21 januari 1980, A.R. 62.632, *aangeh.*

<sup>296</sup> Art. 5 Mud. Wel moet worden gewezen op de eventuele nietigverklaring van het huwelijk in het geval zou worden geoordeeld dat het huwelijk plaatsvond met als enige doel een kind te wettigen (zie evenwel controverse: cf. *infra*, randnrs 275 en 383-387).

<sup>297</sup> Art. 84 Mud.: een zwangerschap bedraagt zes maanden tot een jaar.

<sup>298</sup> Bv. amnestiewet van 18 september 1981; Cass. 26 juni 1967, *R.W.* 1967-68, 786, *Arr. Verbr.* 1967, I, 1299; Rb. Hasselt 9 juni 1969, *J.T.* 1973, 42.

<sup>299</sup> R.v.St. 4 maart 1993, *T. Vreemd.* 1994, 18; Rb. Brussel 21 januari 1980, A.R. 62.632, *onuitg.* (*aangeh.* door F. BALLION, "La pratique judiciaire et administrative et le droit maghrébin des personnes dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles", *T. Vred.* 1989, 73; *Vred. Sint-Gillis* 27 december 1983, *T. Vred.* 1985, 275.

<sup>300</sup> Rb. Brussel 14 oktober 1974, A.R. 38.089, *onuitg.*

<sup>301</sup> Cf. *supra*: Rb. Brussel 21 januari 1980, A.R. 62.632, *onuitg.*, *aangeh.* door F. BALLION, *I.c.*, 73-74; *Vred. Sint-Gillis* 27 december 1983, *T. Vred.* 1985, 275; R.v.St. 4 maart 1993, *T. Vreemd.* 1994, 18.

<sup>302</sup> Zoals in geval van Rb. Brussel 20 november 1990, *J.T.* 1991, 283, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOLETS, ter hervorming van *Vred. Sint-Gillis* 5 april 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 662, dat retroactiviteit aannam en de man tot alimentatie veroordeelde (wel overwoog de vrederechter: "Si le mariage avait été célébré en Belgique solo consensu, il serait en effet nul". In hoger beroep

aangehaalde arrest, vindt mogelijk een verklaring en alvast een bijkomende rechtvaardiging in het besef dat er haast geen aanleiding is om te vrezen dat het gebruik van één van de huwelijksvormen ingegeven zou zijn door een frauduleus oogmerk in het licht van het nationaliteits- of verblijfsrecht. Er zijn m.n. nauwelijks specifieke nationaliteits- of verblijfsrechtelijke voordelen verbonden aan (de erkenning van) een huwelijk dat is aangegaan op één van de genoemde wijzen.

**219.** Het nationaliteitsrecht verleent slechts op één vlak mogelijk aanleiding om de genoemde huwelijksvormen frauduleus aan te wenden, en dat dan nog op voorwaarde dat de notie “band met België” ruim wordt geïnterpreteerd.

In het W.B.N. speelt de mogelijkheid om voor de berekening van een verblijfsvereiste verblijf in het buitenland gelijk te stellen met verblijf in België, als tijdens die periode reeds reële banden met België kunnen worden aangenomen. Art. 16 W.B.N. regelt de nationaliteitsverwerving op grond van huwelijk. Deze bepaling vereist dat de partners hetzij drie jaar hebben samengewoond, hetzij zes maanden hebben samengewoond nadat de verzoeker voorheen reeds drie jaar in België heeft verbleven, of zoals we reeds stelden, tijdens die periode minstens reële banden met België heeft gehad<sup>303</sup>. Voorhuwelijkse samenwoning wordt meegerekend. Het bewijs daarvan is niet altijd even gemakkelijk te leveren. Een retroactief huwelijk stelt evenwel het vermoeden in dat beide partners samenwonen, in het kader van hun huwelijkse plicht daartoe. In dat opzicht kan een erkenning van het retroactieve huwelijk de nationaliteitsverwerving in toepassing van art. 16 W.B.N. aanzienlijk versnellen.

Het is evenwel de vraag of het retroactieve huwelijk volstaat om een voldoende band met België aan te nemen opdat verblijf in het buitenland zou kunnen worden gelijkgesteld met verblijf in België.

Onder voorbehoud dat dergelijke gelijkstelling wordt aangenomen, kan o.i. slechts de genoemde hypothese vanuit het nationaliteitsrecht aansporen tot waakzaamheid.

**220.** Een verblijfsrechtelijk bezwaar tegen de genoemde soepele erkenbaarheid

---

beoordeelde de rechter het samengaan van de retroactiviteit met een vorig regelmatig huwelijk als strijdig met de openbare orde en werd de Belgische wet als *lex fori* toegepast. We menen dat de uitspraak beter niet de vorm had aangenomen van een weigering om het huwelijk te erkennen, maar wel die van een nietigverklaring, opdat vervolgens bij goede trouw het voordeel van putatief huwelijk zou kunnen worden verleend. Zoals we voorheen reeds aangaven m.b.t. andere ongeldige huwelijken, bv. het in België aangegane postume huwelijk, is een schijn van huwelijk gewekt. Het huwelijk is dus niet zomaar onbestaande. Het kan teniet worden gedaan en daarbij alsnog aan de grondslag liggen van een toekenning van het voordeel van een putatief huwelijk. N.a.v. een nietigverklaring zou aan de kinderen van rechtswege het voordeel van een putatief huwelijk zijn verleend, in toepassing van art. 202 B.W. Hierdoor zou de wettiging alsnog hebben plaatsgevonden.

<sup>303</sup> Een combinatie van studie in België en regelmatige professionele contacten met een Belg kan daartoe volstaan. Ook beroepsarbeid voor een Belgisch bedrijf in het buitenland komt in aanmerking om te besluiten tot een reële band.



rijst o.i. al helemaal niet.

Aangezien het recht op gezinshereniging niet aan een wachttijd is onderworpen, kan het verzoek ertoe vanaf de huwelijksluiting worden geformuleerd en kan onmiddellijk, na vervulling van alle formaliteiten, een voorlopige<sup>304</sup> toelating tot het verblijf worden verstrekt.

In Staten waar wél een wachttijd geldt die steunt op de huwelijksduur<sup>305</sup> zou een retroactief huwelijk het recht op verblijf op kunstmatige wijze wél mogelijk vroeger kunnen doen ingaan. Ook daarbij is het evenwel niet zeker dat de fictie in het verblijfsrecht doorgang zou krijgen.

Ook het onafhankelijke recht op verblijf en het recht op vestiging gaan in alle hypothesen in n.a.v. rechtsfeiten en rechtshandelingen die geen verband houden met de duur van het huwelijk. Bepalend zijn immers hetzij een zekere *persoonlijke* verblijfsduur, hetzij een andere hoedanigheid die de betrokkene persoonlijk betreft, hetzij de vestiging of de Belgische nationaliteit van de partner.

### **\* Evaluatie in het licht van het burgerlijk recht**

#### **- Voor een grotere gestrengheid bij de erkenning van het retroactieve huwelijk**

**221.** We menen dat het retroactieve huwelijk in elk geval kan worden erkend vanaf het ogenblik dat de akte is ondertekend die het retroactieve huwelijk instelde. We stellen m.n. voor om het retroactief huwelijk dat geldig is aangegaan in het buitenland te adapteren aan een huwelijk dat naar Belgisch recht geldig is aangegaan op het ogenblik dat de akte is ondertekend die het retroactieve huwelijk heeft ingesteld. De toestemming met de retroactiviteit zou hiermee de juridische waarde worden verleend van een huwelijkstoestemming. In beginsel is dergelijke aanpak evenmin volledig zuiver, aangezien de partners niet hebben toegestemd in een huwelijksluiting, maar in de bewering dat ze gehuwd waren op een vroegere datum. De aktering kan dan ook in beginsel niet als een huwelijksluiting worden beschouwd. Rekening houdend met het feit dat een retroactief huwelijk in het land van huwelijksluiting toegelaten is, menen we evenwel dat het minstens de bedoeling van de partners is geweest om vanaf het ogenblik van hun ondertekening een geldig huwelijk in te stellen. Hadden ze geweten dat het retroactieve huwelijk niet zou worden erkend in het buitenland, dan hadden ze vermoedelijk op dat ogenblik een 'normaal' huwelijk aangegaan. Daarom kan o.i. best alvast vanaf dat ogenblik worden aangenomen dat een geldig huwelijk is gesloten, tenzij er andere beletselen rijzen.

<sup>304</sup> Pas na goede afloop van de samenwoonstcontrole is het recht op gezinshereniging immers definitief verworven: cf. *supra*, deel 2C.

<sup>305</sup> Slechts wanneer de huwelijksduur relevant zou zijn en niet louter de duur van voorafgaande samenwoonst, zou een retroactief huwelijk het recht op verblijf vervroegd kunnen doen intreden.

**222.** Deze opvatting ligt in de lijn van de opvatting die we verderop verdedigen<sup>306</sup> dat het is aangewezen om een buitenlandse verstoting te erkennen als de verstoten echtgenote er (achteraf) mee instemt. Rechtshandelingen die in het buitenland te goeder trouw worden gesteld kunnen uit eerbied voor de feitelijke situatie best een billijke behandeling krijgen, voorzover die verenigbaar is met onze meest fundamentele rechtsopvattingen.

**223.** M.b.t. de periode die de huwelijksluiting voorafging, kan betwisting rijzen.

We menen dat het slechts is aangewezen om de huidige soepelheid bij de erkenning van buitenlandse retroactieve huwelijken aan te houden, mits aannemelijk is dat de betrokkenen voor de periode van de retroactieve werking van het huwelijk effectief waren gehuwd. Meestal is evenwel sprake van een fictie, waarbij een loutere samenwoning wordt gelijkgesteld met een huwelijk. We menen dat er geen rechtvaardiging is voor dergelijke frauduleuze constructie. Deze wordt in de betrokken rechtsordes opgezet met de doelstelling om een buitenhuwelijks kind via de fictie dat het binnen een huwelijk is geboren alsnog een afstammingsband te verlenen. Naar Belgisch recht is dergelijke fictie evenwel niet nodig: huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen worden gelijk behandeld.

Wordt het retroactieve huwelijk evenwel niet erkend, dan bestaat geen afstammingsband tussen de huidige echtgenoot en het kind. De vaderschapsregel kan dan m.n. niet in werking treden. Bij de beoordeling van het retroactieve huwelijk, m.n. de geldigverklaring van het huwelijk met ingang van het ogenblik van opstelling van de akte die de retroactieve werking instelde, kan het kind niet het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend. Het huwelijk kan m.n. niet worden nietigverklaard voor de periode die aan de opstelling van de akte voorafging, aangezien er nooit een schijn van huwelijk is geweest voor die periode. Ook als de partners bij de vermoedelijke verwekking van het kind reeds samenwoonden, is een vaderschapsvermoeden niet op zijn plaats.

Gezien het risico dat een retroactief huwelijk wordt aangegaan om een kind een leugenachtige afstamming te bezorgen, menen we dat de man slechts één mogelijkheid moet worden gelaten, wil hij de afstammingsband vastgesteld zien: de mogelijkheid om het kind te erkennen<sup>307</sup>.

**224.** We houden in dit verband, alsook ook voor het verdere onderzoek, vast aan de opvatting dat kennelijk leugenachtige verklaringen of rechtssituaties niet kunnen worden erkend. De openbare orde heeft voorrang op de doelstelling om de internationale beslissingsharmonie te optimaliseren, te meer aangezien de hinkende rechtspositie in hoofde van het kind dat biologisch afstamt van de echtgenoot in de praktijk geen nadelige gevolgen voor hem inhoudt. Het kind zal in zijn herkomstland worden behandeld als een huwelijks kind. De weigering van

<sup>306</sup> Cf. *infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 2, randnr. 26.

<sup>307</sup> Naast de mogelijkheid voor de moeder (of het kind) om een onderzoek naar het vaderschap in te stellen.

de Belgische rechter of ambtenaar om zijn huwelijkse afstamming te erkennen zal de kwalificatie door de buitenlandse autoriteiten immers niet beïnvloeden. Naar Belgisch recht is het weliswaar 'slechts' een buitenhuwelijks kind. Alle kinderen worden in België evenwel gelijk behandeld ongeacht hun afstamming. We menen m.a.w. dat er geen reden is om de fictie in het Belgische recht doorgang te laten vinden.

**225.** Er kan voorheen reeds effectief sprake zijn geweest van een huwelijk, zo bv. in een Staat waarvan het recht de geldigheid van niet-burgerlijk-geregistreerde gewoonterechtelijke of religieuze huwelijken erkent. In dat geval zou aannemelijk zijn dat het huwelijk na verloop van tijd wordt opgetekend, met de vermelding dat het reeds eerder (niet-geregistreerd) is ontstaan.

Is de registratie van een huwelijk er evenwel een geldigheidsvereiste, dan is het niet aanvaardbaar dat via de weg van het retroactieve huwelijk alsnog volledige werking aan het ongeldige huwelijk zouden worden verleend. In dat geval zouden hoogstens (maar o.i. ook wenselijk), via de toekenning van het voordeel van een putatief huwelijk na nietigverklaring, de gerealiseerde huwelijksgevolgen kunnen blijven voortbestaan<sup>308</sup>. Bij toekenning van rechtswege van het voordeel van een putatief huwelijk aan de kinderen, is hun retroactieve wettiging alsnog definitief verworven<sup>309</sup>. In deze hypothese zou de internationale beslissingsharmonie met reden worden gewaarborgd, gezien de vermoedelijke betrouwbaarheid van de afstammingsband, nu de partners meenden geldig gehuwd te zijn.

**226.** Daarnaast is het denkbaar dat een retroactief huwelijk wordt toegestaan om te verhelpen aan de vernietiging of het verlies van een eerdere huwelijksakte. Het is m.a.w. denkbaar dat ook in een rechtsorde waar niet-geregistreerde huwelijken niet mogelijk zijn, effectief voorheen reeds een geldige huwelijkstoestemming is verleend, maar dat het bewijs daarvan niet langer kan worden geleverd. De huwelijksakte bij retroactieve huwelijksluiting zou in dat geval kunnen worden geadapteerd aan een vervangende huwelijksakte. We staan in het hoofdstuk m.b.t. de vormvereisten voor het huwelijk<sup>310</sup> nader stil bij deze akte, die naar Belgisch recht zijn grondslag vindt in art. 46 B.W. Ze levert het volle bewijs van het huwelijk en is een akte van de burgerlijke stand. De verklaring van de buitenlandse rechter zou m.a.w. voor waar kunnen worden aangenomen, zonder dat dient te worden nagegaan waaraan de ontstentenis van een vroegere huwelijksakte te wijten is, tenzij bepaalde feiten de inhoud van de akte kennelijk weerleggen<sup>311</sup>.

<sup>308</sup> Ook al is een religieuze huwelijksluiting in meerdere Staten strafbaar, we menen dat de partner te goeder trouw het voordeel van een putatief huwelijk kan worden verleend na nietigverklaring.

<sup>309</sup> Het voordeel van een putatief huwelijk zou tevens steeds van rechtswege worden verleend aan de gemeenschappelijke kinderen (art. 202 B.W., zoals we elders beargumenteren (randnr. 462-464), in het belang van het kind te beoordelen als van internationaalprivaatrechtelijke openbare orde). Ze kunnen door het retroactieve huwelijk retroactief worden gewettigd.

<sup>310</sup> Deel 3A, hoofdstuk 6, randnr. 49 e.v. en 191.

<sup>311</sup> Eenzelfde houding zou kunnen worden aangenomen m.b.t. regulariserende huwelijken (bv. via de Turkse regulariseringswetten), cf. *infra*, deel 3A, hoofdstuk 6 (huwelijkse vormvereisten), randnr. 215.

**227.** O.i. kan algemeen een weerlegbaar vermoeden gelden dat een retroactief huwelijk geldig is voor de periode die de akte vermeldt. Bepaalde feiten kunnen dit vermoeden weerleggen. Dit is o.i. bv. het geval als de retroactiviteit is ingegaan op een ogenblik waarop de betrokkene op stabiele wijze in België verbleef. Een optekening van retroactiviteit in het buitenland zou een overtreding van Belgische geldigheidsvereisten inhouden (*fraude à la loi*), aangezien het huwelijk in België zou zijn ontstaan en een vormloos huwelijk naar Belgisch recht niet mogelijk is. De datum die in de akte staat vermeld, zou worden weerlegd door de vaststelling dat een vormloos huwelijk niet is kunnen ontstaan, gezien het verblijf op dat ogenblik in België.

Voor zover alsnog de putativiteit van dergelijk nietig vormloos huwelijk en van het retroactieve huwelijk zou kunnen worden aangenomen, zou de verlening van het voordeel van een putatief huwelijk nog worden ondergeschikt aan een bijkomende vereiste: de vereiste dat de getuigen betrouwbaar zijn, m.a.w. *in casu* dat ze in België verbleven op het ogenblik dat wordt geakteerd als ogenblik waarop het huwelijk is ontstaan.

Werpen de partners op dat het aanvankelijke huwelijk in België wél geregistreerd was, maar dat de akte verloren is gegaan, dan menen we dat evenmin erkenning moet worden verleend aan het retroactieve huwelijk. We menen dat de Staat van huwelijksvoltrekking steeds als eerste om een bewijs van het huwelijk moet worden verzocht. Pas als deze niet het bewijs van het huwelijk kan verlenen en er redenen zijn die een beoordeling door een derde land aanvaardbaar maken<sup>312</sup>, kan o.i. door een derde land een vervangende huwelijksakte worden verstrekt. Dergelijke situatie zal evenwel vermoedelijk niet door de Belgische rechter worden aangenomen m.b.t. huwelijken die in België zouden zijn ontstaan.

**228.** De beoordeling van een retroactief huwelijk van personen van wie minstens één reeds vóór het verzoek tot erkenning van het huwelijk in België verbleef, kan o.i. overigens perfect gebeuren a.h.v. hun verblijfsgechiedenis. Ook als zij zouden opwerpen dat hun huwelijk is ontstaan in een derde Staat, geldt t.a.v. de partners een samenwoningsplicht naar Belgisch recht, die van B.I.P.O.O. wordt bevonden<sup>313</sup>.

Ofwel heeft de verblijfhouder ooit een verzoek geformuleerd om zijn partner naar België te laten overkomen, ofwel heeft hij geen enkele poging ondernomen om zijn samenwoningsplicht uit te oefenen. In het eerste geval is de vraag naar de geldigheid van het huwelijk reeds eerder aan bod gekomen, en heeft hij reeds eerder het bewijs van een geldig huwelijk moeten voorleggen. De vraag naar een latere erkenning van de geldigheid stelt zich in beginsel niet meer. Het antwoord is reeds gegeven. Heeft hij nooit eerder om gezinshereniging verzocht, dan rijst de vraag of er überhaupt (nog) sprake is van gezinsleven. Slechts uitzonderlijke

<sup>312</sup> Bv. tegenwerking van de betreffende Staat (bv. in het geval van vluchtelingen) of een strenger bewijsrecht dan het eigen recht, dat niet toelaat om een vervangende akte af te geven, terwijl daar volgens de Belgische rechter wél reden toe is. Hierover meer: hoofdstuk 6 (huwelijkse vormvereisten), randnrs 193 en 265.

<sup>313</sup> Meer hierover, cf. *infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 3, randnr. 26, voetnoot 63.

redenen kunnen een aanvaardbare rechtvaardiging vormen voor het uitblijven van samenwoning.

Mogelijk is de vraag naar de geldigheid van het huwelijk nog niet eerder aan bod gekomen en heeft de verblijfhouder zich na de beweerde huwelijksluiting door zijn partner laten vervoegen in het kader van de regeling voor samenwoners. Daarbij wordt evenwel expliciet vereist dat de gezinshereniger nog niet gehuwd is. Een machtiging tot gezinshereniging op grond van buitenhuwelijkse tweerelatie vooronderstelt m.a.w. zijn verklaring en de aanname dat hij op dat ogenblik nog niet gehuwd was<sup>314</sup>. In dat geval moet achteraf o.i. niet nog eens worden onderzocht of op dat ogenblik al dan niet reeds sprake was van een huwelijk.

Ook in die hypothese zou m.a.w. de inhoud van een buitenlandse 'vervangende' huwelijksakte worden weerlegd.

**229.** De voorgaande redenering kan worden doorgetrokken naar elke hypothese waarbij beide partners in de periode die de aktering voorafgaat niet samenwoonden en daar geen pogingen toe hadden ondernomen op grond van hun huwelijk of wél samenwoonden, na gezinshereniging van één van hen op grond van buitenhuwelijkse samenwoning.

**230.** Ons voorstel tot grotere gestrengheid, om de erkenning van leugenachtige rechtshandelingen te voorkomen, heeft eveneens betrekking op regularisatiehuwelijken, die steunen op o.m. de Turkse amnestiewetten. Die worden periodiek gestemd om buitenhuwelijks samenwonenden retroactief gehuwd te verklaren en hen hierdoor (ook voor het verleden) de rechtsbescherming te bieden die alleen aan gehuwden toekomt<sup>315</sup>. De voornaamste doelstelling bestaat er ook hierbij in van kinderen retroactief een huwelijks statuut te verlenen.

We menen dat ook kan worden opgetreden tegen de erkenning van dergelijke huwelijken die rechtstreeks worden ingesteld bij buitenlandse wet. De buitenlandse wet schendt onze openbare orde, daar waar ze een leugenachtige situatie instelt. Het is aangewezen om slechts de datum van de regularisatie als huwelijksdatum te kwalificeren.

### **C.2.E. HET HUWELIJK IN EXTREMIS**

**231.** Bepaalde auteurs stellen zich tevens vragen bij een huwelijksvorm die ook in onze streken voorkomt en algemeen wordt aanvaard, zij het na grondige controle

<sup>314</sup> De voorwaarden van de Omz. van 30 september 1997 bepalen o.m. dat de verzoekers nog niet gehuwd mogen zijn (met een derde, maar in het kader van dat onderzoek zal tevens aan het licht komen of ze reeds met elkaar zijn gehuwd). Een onderzoek naar de burgerlijke staat wordt m.a.w. ook hierbij van rechtswege verricht. Ook als het huwelijk vormloos zou zijn geweest, kunnen we verwachten dat de betrokkene daar zelf wel melding van zou doen.

<sup>315</sup> Bv. amnestiewet van 18 september 1981; Cass. 26 juni 1967, *R.W.* 1967-68, 786, Arr. Verbr. 1967, I, 1299; Rb. Hasselt 9 juni 1969, *J.T.* 1973, 42.

van de toestemmingsvereiste: het huwelijk *in extremis* (*in articulo mortis*). Hun bezwaar tegen dergelijk huwelijk is dat het 'elke hoop op een gemeenschappelijk leefproject uitsluit' en eerder regulariserend dan realiserend werkt, zodat het neigt naar een geveinsd huwelijk<sup>316</sup>.

**232.** Deze opvatting is o.i. achterhaald.

**233.** Enerzijds is in de loop der jaren een andere opvatting over het huwelijk gegroeid. Waar voorheen werd aangenomen dat het huwelijk voornamelijk op procreatie was gericht, is in de loop der jaren het vormen van een huwelijksgemeenschap centraal komen te staan. Algemeen wordt aangenomen dat huwelijken rechtsgeldig kunnen ontstaan, ook al is procreatie uitgesloten om redenen onafhankelijk van de wil, m.n. onvruchtbaarheid, impotentie of een hoge leeftijd<sup>317</sup>. Het vormen van een levensgemeenschap is een voldoende en noodzakelijke (*cf.* de strijd tegen schijnhuwelijken) voorwaarde. Deze levensgemeenschap wordt aangegaan voor zolang het de betrokkenen gegund is. Dit betreft een concrete vereiste; een minimumvooruitzicht wordt niet gevergd.

**234.** Anderzijds zijn huwelijken *in extremis* de laatste toevlucht voor partners die elkaar hun goederen willen nalaten onder dezelfde voordelige voorwaarden als gehuwden. Zolang gelijke rechten binnen en buiten het huwelijk niet zijn gerealiseerd, biedt het huwelijk *in extremis* personen die het instituut moreel niet genegen zijn, de kans om om materiële redenen (evenals het zakelijke huwelijk) hun vroegere levensgemeenschap alsnog te bezegelen met een huwelijk.

**235.** Om deze redenen treden we de rechtspraak bij die een huwelijk *in extremis* slechts vernietigt als het volledig gefingeerd is<sup>318</sup>. Ook het feit dat de betrokkenen steeds een afzonderlijke woonplaats hadden behouden, werd in een vonnis van 1994 beoordeeld als niet relevant en overigens begrijpelijk, met verwijzing naar de wankelende gezondheid van één van hen. Ook het feit dat met het huwelijk een gunstigere vermogensrechtelijke regeling werd nagestreefd, werd irrelevant bevonden. Dat laatste is begrijpelijk in het licht van de geldigheid van zakelijke huwelijken. *In casu* hadden beide partners bovendien gedurende meerdere jaren samengeleefd en leefden ze ook op het ogenblik van de ziekte in de praktijk zo goed als samen.

**236.** Ook de Parijse T.G.I. besloot in 1996 tot de geldigheid van een huwelijk *in*

---

<sup>316</sup> W. DELVA, "Het aangaan van het huwelijk", T.P.R. 1975, 35; F. RIGAUX, *Les relations familiales, Les personnes, I*, Brussel, Larcier, 1971, 304-305; H. WILLEKENS, "Artikel 146", in *Comm. Pers.* (1991), nr. 5.

<sup>317</sup> J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 39; H. DE PAGE, o.c., I, nrs. 578 en 581.

<sup>318</sup> Rb. Brussel 16 november 1994, *J.L.M.B.* 1995, 62; Rb. Brussel 3 november 1956, *Pas.* 1957, III, 105 (huwelijk dat er louter op was gericht een kind te wettigen). Zie ook Franse rechtspraak: het huwelijk *in extremis* is nietig als één van de betrokkenen die een hersenstoornis heeft, slechts ja of nee heeft gezegd bij de huwelijksluiting: Paris 20 maart 1872, *D.P.* 1872, 2, 109, *aangeh.* in A. LUCAS, *Code Civil*, Paris, Litec, 2000, 102.

*extremis*<sup>319</sup>. Opvallend daarbij is dat de rechter zich geroepen voelde om een hele aaneenschakeling van overtuigende elementen aan te halen. Hij verwees naar het feit dat de betrokkenen gedurende ruim vijftien jaar hadden samengewoond, dat ze twaalf jaar voorheen een huis in onverdeeldheid hadden aangekocht, dat ze negen dagen voor het overlijden een huwelijkscontract hadden laten opstellen en dat meerdere getuigen hadden bevestigd dat ze de intentie hadden om een levensgemeenschap te vormen.

### C.2.F. ALGEMEEN BESLUIT

**237.** Uit bovenstaande rechtspraak blijkt dat geen eenduidige houding wordt aangenomen t.a.v. buitenlandse huwelijksvormen, meer bepaald t.a.v. de afbakening van de werkingssferen van enerzijds de grondvereiste van de toestemming en anderzijds de vorm van huwelijksluiting.

#### \* *Besluit in het licht van het burgerlijk recht*

**238.** Samengevat menen we dat een huwelijk bij volmacht en een postume huwelijksluiting door een vreemdeling die op het ogenblik van de huwelijksluiting nog niet op stabiele wijze in België verbleef, erkend kunnen worden in België mits drie voorwaarden zijn vervuld. Vooreerst dient de huwelijksvorm verenigbaar te zijn met de toestemmingsvereiste van de personele wet van de betrokkene. Ook moet het voor de Belgische rechter voldoende aannemelijk zijn dat er een geldige toestemming om te huwen is gegeven door de gehuwden. Tenslotte moet de huwelijksvorm mogelijk gemaakt zijn door de *lex loci celebrandi*.

Is het huwelijk niet erkenbaar omdat de *lex loci* geen postume huwelijksluiting toelaat of omdat de toestemming van de overleden partner niet voldoende overtuigend blijkt, dan kan geen van de partijen het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend. Is het huwelijk nietig om een andere reden, dan is dat wél mogelijk bij goede trouw<sup>320</sup>.

**239.** De buitenlandse vereiste van de vertegenwoordiging door een huwelijksvoogd kan overigens vrijwillig door de partners worden ingepast in de Belgische vormvereiste dat twee getuigen bij de huwelijksluiting aanwezig zijn en hun handtekening plaatsen op de huwelijksakte.

**240.** We hebben geoordeeld dat het is aangewezen om retroactieve huwelijken te erkennen. De akte tot retroactieve vaststelling van het huwelijk kan worden gekwalificeerd als vervangende huwelijksakte. Hierdoor kan het huwelijk worden erkend vanaf de datum die in de akte staat aangegeven, tenzij bepaalde feiten

<sup>319</sup> T.G.I. Paris 10 september 1996, *onuitg.*, besproken in J. HAUSER, "Personnes et droit de la famille", *R.T.D.Civ.* 1996, 881, nr. 8.

<sup>320</sup> De principiële ontzegging van het voordeel heeft immers slechts betrekking op de hypothese dat niet vaststaat dat de overleden partner op de hoogte is geweest of redelijkerwijze had moeten zijn van de huwelijksluiting, *cf. supra*, randnrs 209 e.v.

de inhoud van de akte kennelijk weerleggen.

**241.** Dergelijke overtuigende feiten blijken o.i. als de retroactiviteit ingaat op een ogenblik waarop de betrokkene op stabiele wijze in België verbleef, aangezien een huwelijkssluiting in België steeds wordt geregistreerd, en ook bij verlies bij voorkeur de Belgische rechter wordt aangesproken voor een vervangende akte. Het is weinig waarschijnlijk dat de buitenlandse bevestiging van een Belgisch huwelijk wordt erkend, als er internrechtelijk geen aanwijzingen zijn van de geldigheid ervan.

Eenzelfde redenering geldt bij verblijf op het ogenblik van de (aanvankelijke) huwelijkssluiting in elke Staat die geen vormloze huwelijkssluiting toestaat, of meer nog: in een andere Staat dan de Staat waar het retroactieve huwelijk wordt geakteerd, als deze eerste Staat niet voorafgaandelijk is verzocht om een bevestiging van het huwelijk.

**242.** Binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel zou het huwelijk alsnog erkenbaar zijn vanaf het ogenblik dat de geformaliseerde toestemming is gegeven, m.a.w. vanaf de aktering van het retroactieve huwelijk door de buitenlandse ambtenaar of rechter.

**243.** Woonden beide partners in de periode die de aktering voorafgaat niet samen of deden ze dat wél, maar dan na gezinshereniging van één van hen op grond van buitenhuwelijkse samenwoning<sup>321</sup>, dan is eveneens sprake van fraude. Een ontstentenis van samenwonen wijst, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, op een schijnhuwelijk. We kunnen slechts aannemen dat het huwelijk is aangegaan op het ogenblik van de aktering, mits ze vanaf dan of sinds kort erna wél samenwonen, op grond van hun huwelijk. Bij het verzoek om gezinshereniging zal de vraag naar de geldigheid van het huwelijk reeds zijn gerezen. De beoordeling die daarbij heeft plaatsgevonden kan overigens mee in overweging worden genomen bij de beoordeling van de geldigheid van het retroactieve huwelijk.

**244.** We hebben ons tenslotte aangesloten bij de huidige praktijk om een huwelijk *in extremis* toe te laten en te erkennen mits de toestemming niet gebrekkig is.

#### **\* Beoordeling in het licht van het verblijfsrecht**

**245.** Geniet één van de partners na nietigverklaring van het huwelijk op één van bovengenoemde gronden het voordeel van een putatief huwelijk, dan geniet hij recht op voortgezet verblijf indien hij inmiddels reeds een zelfstandig verblijfsrecht had verworven<sup>322</sup>. Deze hypothese doet zich voor mits de Dienst

<sup>321</sup> T.a.v. twee personen die een zelfstandig recht op verblijf genieten in eenzelfde Staat, stelt deze laatste controle mogelijkheid a.h.v. het gezinsherenigingsrecht zich niet.

<sup>322</sup> We leiden dit af uit de mededeling van de Dienst Vreemdelingenzaken dat het burgerrechtelijk voordeel van een putatief huwelijk ook voor het verblijfsrecht gevolgen heeft: brief 17 december 2001.



Vreemdelingenzaken ten tijde van de binnenkomst geen graten heeft gezien in het huwelijk en pas na afloop van de samenwoningcontrole een vordering tot nietigverklaring is ingesteld door één van de partners, het O.M. of een andere belanghebbende.

**246.** Ook na vestiging, na verblijf van meer dan tien jaar, na het ontstaan in België van blijvende arbeidsongeschiktheid of nadat de betrokkene in aanmerking is gekomen voor een verwerving van de Belgische nationaliteit, kan nog tot uitzetting worden overgegaan als ernstige overwegingen van openbare orde daar aanleiding toe geven<sup>323</sup>. Een ongeldige huwelijksluiting zal evenwel niet snel volstaan om tot een schending van de openbare orde te besluiten, ook niet als wordt besloten tot kwade trouw in hoofde van de betrokkene.

**247.** Heeft de betrokkene op het ogenblik van de nietigverklaring nog geen zelfstandig verblijfsrecht verworven of wordt geen goede trouw aangenomen, dan zal hij worden verwijderd in toepassing van art. 20 Vreemdelingenwet, tenzij hem alsnog een machtiging tot verblijf wordt afgeleverd in het kader van het recht op bescherming van het gezinsleven of op humanitaire gronden. Dergelijke machtiging wordt discretionair verstrekt. Een weigering in het licht van de openbare orde kan een inbreuk op het recht op bescherming van het gezinsleven rechtvaardigen. Een ongeldige huwelijksluiting zal evenwel niet snel volstaan om tot een schending van de openbare orde te besluiten, ook niet als wordt besloten tot kwade trouw in hoofde van de betrokkene. Het arrest-*Ben Hida* heeft dat alvast uitgewezen m.b.t. het verblijf van een polygame echtgenote die België op illegale wijze was binnengekomen<sup>324</sup>. De Raad van State heeft in deze uitspraak overigens niet alleen uit art. 8 E.V.R.M., maar tevens uit het gezinsherenigingsrecht zelf een recht op verblijf voor de tweede echtgenote afgeleid: "En outre, en l'espèce, l'ordre de quitter le territoire (...) constitue, comme il a été dit, un refus (illégal) de reconnaissance d'un droit au séjour fondé sur l'article 10 de la loi du 15.12.1980". Mogen we hieruit afleiden dat voortaan niet alleen een recht op voortgezet verblijf, maar ook een recht op toelating tot het verblijf geldt t.a.v. een persoon wiens huwelijk naar nationaal recht geldig werd aangegaan maar in België niet wordt erkend, mits het familieleven van de partners reeds vorm heeft gekregen in België? Dit zou wijzen op een *recht op regularisatie* van illegaal verblijf. Dergelijk recht zou illegale binnenkomst

<sup>323</sup> Art. 20, tweede lid en art. 21 Vreemdelingenwet.

<sup>324</sup> R.v.St. nr. 79.295, 16 maart 1999 (Ben Hida), *Rev. dr. étr.* 1999, 258, <http://www.raadvst-consetat.be> (7 januari 2000), *T. Vreemd.* 1998, 329. In de zaak Ben Hida heeft de Raad van State geoordeeld dat de polygame gezinsrelatie niet dermate sterk inging tegen de openbare orde dat de tweede echtgenote er een gevaar voor zou vormen. De polygamie hoefde een regularisatie van haar verblijf niet te beletten. In casu was de vrouw België na weigering van het verzoek tot gezinshereniging illegaal, zonder visum, binnengekomen. De Belgische Staat had haar een bevel afgeleverd om het grondgebied te verlaten en wilde haar de toekenning van een verblijfsrecht – op welke grond ook – ontzeggen. Uit het huwelijk was evenwel reeds een kind geboren. De Raad van State oordeelde dat de weigering om de vrouw tot het verblijf te machtigen en het bevel om het grondgebied te verlaten en voor een onbepaalde tijd terug te keren naar Marokko met het oog op een regularisatie van haar situatie, een ongerechtvaardigde inmenging in haar familieleven vormden.

aanmoedigen, tenzij algemeen een recht op *binnenkomst* zou gelden voor de partner te goeder trouw in een nietigverklaard huwelijk. Dat laatste gaan we vervolgens na.

**248.**In het licht van de restrictieve migratiepolitiek en de *elsewhere approach* is het moeilijk denkbaar dat aan de buitenlandse partner te goeder trouw van een Belg of wettige verblijfhouder een machtiging tot binnenkomst zal worden verleend na nietigverklaring van het huwelijk.

**249.**Niettemin heeft de Raad van State in 1993 aangenomen dat een louter consensueel huwelijk recht kan geven op gezinshereniging<sup>325</sup>. Het betrof *in casu* twee Australische partners. De Australische ambassade had in een attest gesteld dat een *de facto* huwelijksrelatie, zodra deze vaststaat, dezelfde waarde heeft als een huwelijk. Het huwelijk was m.a.w. burgerrechtelijk geldig en erkenbaar. De Raad van State paste deze burgerrechtelijke kwalificatie toe.

**250.**Voor zover de nietigverklaring m.a.w. een huwelijk betreft dat is aangegaan in een Staat die een louter consensuele huwelijkssluiting aanvaardt en het huwelijk volgde op een eerdere louter religieuze huwelijkssluiting, ook al heeft die in België plaatsgevonden, of op een gewoonterechtelijke huwelijkssluiting, dan kan de betrokkene alsnog een recht op binnenkomst worden verleend.

**251.**Het arrest laat ons m.a.w. alvast niet toe te besluiten dat de hierboven genoemde huwelijken na nietigverklaring een *recht* zouden verlenen op binnenkomst. Evenmin geven andere overwegingen aanleiding tot dergelijke aanname.

**252.**Uitzonderlijk kan op grond van de *elsewhere approach* worden besloten om een machtiging tot het verblijf te verstrekken, als blijkt dat de betrokkenen een gezinsleven hebben uitgebouwd en ze dat nergens anders kunnen voortzetten.

Zijn er evenwel geen aanwijzingen van moeilijkheden om een erkenbaar huwelijk in het buitenland te voltrekken, dan zal dergelijke machtiging vermoedelijk worden geweigerd.

We kunnen besluiten dat gevestigde vreemdelingen ook na nietigverklaring van het huwelijk dat aan hun verblijf ten grondslag ligt, hun verblijf in België zullen kunnen voortzetten. Is reeds een sterk gezinsleven uitgebouwd, dan zal op grond van art. 8 E.V.R.M. en binnen de grenzen van de *elsewhere approach*, vermoedelijk een machtiging tot (voortgezet) verblijf worden verleend.

---

<sup>325</sup> R.v.St. 4 maart 1993, *T. Vreemd.* 1994, 18.

### C.3. HET VRIJE KARAKTER VAN DE TOESTEMMING IN HET HUWELIJK<sup>326</sup>

#### C.3.A. DE GEBREKKIGE TOESTEMMING T.G.V. BEÏNVLOEDING VAN DE WILSUITING DOOR DERDEN

##### \* *Huwelijksdwang*

##### - Het gedwongen huwelijk naar intern recht

**253.** Ouderlijke inmenging in de huwelijksplannen kan de toestemming van de partners aantasten. Tegenwoordig wordt zo goed als algemeen aanvaard en beklemtoond dat elke huwelijkskandidaat vrij moet toestemmen in zijn huwelijk<sup>327</sup>.

<sup>326</sup> We hebben voor de rechtspraak tot 1999 kunnen steunen op het repertorium van rechtspraak dat is aangelegd in het kader van het F.W.O.-project "G.0217.97" (M.-C. FOLETS, G. FRANSSEN en D. NUYTS), waarvan neerslag in M.-C. FOLETS, *Nieuwe culturen voor de rechter. Een analyse van de Belgische rechtspraak gepubliceerd na 1970*, Antwerpen, Maklu, te verschijnen.

<sup>327</sup> O.m. art. 19 tweede Verklaring Islamraad 1981; art. 3 Ontwerp van document m.b.t. de mensenrechten in de islam, Taif, 1981; art. 19 Déclaration universelle des droits de l'homme en islam, Casablanca 1984, *aangeh.* in A. MOULAY R'CHID, "Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans", *Rec. des Cours* 1997, 70 en 195; Art. 12, vierde lid Marokkaanse Mud. heeft de toelating voor de *cadi* om dwang uit te oefenen op een 'meisje van wie men slecht gedrag vreest' opgeheven (hierover: A. MOULAY R'CHID, "La réforme du code de statut personnel marocain. Une avancée dans la codification des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 429-445; Bergen 7 februari 1995, *Journ. dr. jeun.* 1995, afl. 150, 471); Turkse strafwet; het Beninese recht (hierover: M.M. DIENG, "Les difficultés d'application des Conventions en matière de droits de l'homme en Afrique: le cas de la Convention sur les droits de l'enfant au Bénin", *Rev. dr. afric.* 2001, nr. 17, 32-48); art. 44 Togolese Ordonn. van 31 januari 1980 (hierover: B. CONNEN, "Un code de la famille au Togo", *Penant* 1981, nr. 2, 5-22); Boliviaans, Bulgaars, Deens, Engels, Duits, Grieks, Iraaks, Italiaans (huwelijksdwang t.a.v. de verleider wordt daarentegen niet als ongeoorloofde dwang beschouwd), Japans, Nederlands, Noors, Zwitsers, Spaans en Tanzaniaans recht: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, "Formation of marriage", vol IV *Persons and family*, chapter 3, *I.E.C.L.* 1997, 87. In bepaalde Staten is de huwelijksvrijheid grondwettelijk gewaarborgd: art. 54 Zwitserse grondwet (evenwel: beperkingen kunnen, maar niet om persoonlijke en politieke redenen); art. 44 Spaans C.C. en art. 14 en 32 G.W. 1978 (evenwel: beperkingen naar burgerlijk recht gesteld); art. 6 Duitse grondwet (bescherming huwelijk en gezin, ruim geïnterpreteerd door het Duitse grondwettelijke hof als huwelijksvrijheid (BverfG. 14 november 1973, *FamRZ* 1974, 122, 126; BverfG. 4 mei 1971, *N.J.W.* 1971, 1509). De Staat mag geen onnodige beperkingen opleggen (BverfG. 14 november 1973)).

Zie evenwel over meerdere bevolkingsgroepen waar de grens tussen een gearrangeerd huwelijk en een gedwongen huwelijk niet steeds gemakkelijk te bepalen is: E. A. BAERENDS, "Woman is king, man a mere child", *Journal of legal pluralism and unofficial law* (speciaal nr.: The socio-legal position of women in changing society) 1990-1991, 42 en 52-53: Anufo-families in Noord-Togo wisselen tot op vandaag onderling vrouwen uit als echtgenote; K.O. ADINKRAH, "Folk law is the culprit: women's 'non-rights' in Swaziland", *l.c.*, 19: de rechten van vrouwen zijn op weinig plaatsen zo beperkt als in Swaziland. Een huwelijks toestemming wordt niet van de vrouw gevergd. Het huwelijk is er met name op gericht om twee families samen te brengen, met het oog op een vergaande samenwerking; H. SADEK en H. EL HADDAD, "Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 46: soms is het huwelijk verplichtend voor de Egyptische vrouw op een wijze die wij niet aanvaarden. Wijst de mandataris haar bv. toe aan een man die bij haar status past en haar een voldoende grote bruidsgift geeft, dan moet ze met hem huwen, ook al heeft hij een gebrek of

In dat licht vervult o.m. de leeftijdsvereiste een centrale rol en wordt de vereiste van een ouderlijke instemming en haar concrete uitkomst aan een onderzoek onderworpen dat inmiddels meer dan marginaal is<sup>328</sup>.

**254.** Het verbod op gedwongen huwelijken komt zo mogelijk nog regelmatigiger dan het verbod op kinderhuwelijken voor in verdragen en nationale wetgevingen. Een nietigverklaring op grond van dwang biedt tengevolge hiervan meer kans op erkenning in het buitenland, m.a.w. op internationale beslissingsharmonie, dan een nietigverklaring op grond van kinderhuwelijk<sup>329</sup>.

**255.** De nietigheidsgrond van de huwelijksdwang verdient dan ook bij voorkeur te worden toegepast. Ze biedt overigens een correctie op het kortstondige karakter van de vernietigbaarheid van een kinderhuwelijk. Vanaf het ogenblik waarop de gehuwden de leeftijd van achttien jaar en zes maanden hebben bereikt, kan het huwelijk niet langer vernietigd worden op grond van overtreding van de leeftijdsvereiste. Kan één van de betrokkenen na die leeftijd evenwel nog dwang aantonen, dan blijft het huwelijk alsnog vernietigbaar.

**256.** Dat beide nietigheidsgronden in verband staan tot elkaar, blijkt ook uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 1993 die art. 10 Vreemdelingenwet heeft aangepast. De invoering van 18 jaar als minimumleeftijd om op grond van huwelijk recht te geven of te krijgen op gezinshereniging, werd bestempeld als instrument in de strijd tegen gedwongen huwelijken<sup>330</sup>. Leeftijd en vrije toestemming worden aan elkaar gekoppeld.

**257.** Een huwelijk wordt bij voldoende tekenen van dwang, en eventueel geweld<sup>331</sup>, vernietigd op grond van een gebrekkige toestemming<sup>332</sup>. Dit volgt rechtstreeks uit het recht om te huwen. Het I.V.B.P.R.<sup>333</sup> illustreert dit door het recht aan te vullen met een expliciet verbod op uithuwelijking.

**258.** Zowel dwang door de ouders<sup>334</sup>, dwang o.i.v. een klimaat van onzekerheid

---

ziekte.

<sup>328</sup> Cf. *supra*.

<sup>329</sup> S. SAROLEA (1997), 26, m.b.t. Bergen 7 februari 1995, *Journ. dr. jeun.* 1995, afl. 150, 471.

<sup>330</sup> Amendement bij het wetsvoorstel houdende wijziging van de Vreemdelingenwet, *Gedr. St. Kamer*, 1991-92, B.Z. 133/3, 3. We gaven reeds aan dat deze leeftijdsgrens o.i. niet gerechtvaardigd is. Het is mogelijk dat reeds op jongere leeftijd een vrije huwelijks toestemming wordt gegeven. Onze eigen dispensatieregeling getuigt hiervan. Cf. *supra*, hoofdstuk 1.

<sup>331</sup> Brussel 17 oktober 1995, A.J.T. 1995-96, 291, noot K. LAMBEIN en W. WAUTERS; Bergen 7 februari 1995, *Journ. dr. jeun.* 1995, afl. 150, 471; Rb. Bergen 23 januari 1980, *Jur. Adm. Inf.* 1981, afl. 16, 9, noot M. TAVERNE; G. BAETEMAN, o.c. (cursus), 331; H. DE PAGE, o.c., 1991, 535.

<sup>332</sup> P. SENAËVE, *Compendium* (2000), nr. 1547; N. COIRET, "La liberté du mariage au risque des pressions matérielles", *R.T.D. Civ.* 1985, 63-89. Sommige rechters stellen geen gebrek in de toestemming, maar een volledig ontbreken ervan vast: Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1994, 75.

<sup>333</sup> Art. 23, lid 2; C. FORDER, "Artikel 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notedop", *N.J.C.M.* 1994, 915.

<sup>334</sup> Rb. Brussel 10 december 1954, *Rev. trim. dr. fam.* 1955, 39.

rond de betrokkene<sup>335</sup> als angst voor onrechtstreeks en zedelijk geweld hebben reeds aan de grondslag gelegen van een nietigverklaring op grond van gedwongen huwelijk<sup>336</sup>. Niet alle psychologische argumenten worden evenwel aangenomen. Zo bevond een rechter de psychische weerslag van het verlaten van de ouderlijke woonst om bij de ouders van de toekomstige huwelijkspartner te gaan wonen onvoldoende om vrije wilsuiking uit te sluiten, evenals bv. lichte druk vanwege de schoonfamilie om te huwen<sup>337</sup>. Eerbiedige vrees volstaat niet om het huwelijk nietig te verklaren<sup>338</sup>.

**259.** In dat licht rijst de vraag in hoeverre bij de beoordeling bewust en onbewust culturele en godsdienstige factoren een rol kunnen spelen.

**260.** We staan vooreerst stil bij een vonnis uit 1946 dat aanleiding heeft gegeven tot nietigverklaring van een huwelijk waarin een Joodse minderjarige vrouw had toegestemd uit vrees voor wegvoering tijdens de oorlog<sup>339</sup>.

Op vordering van de vrouw werd het huwelijk nietigverklaard. Ze had onder meer aangehaald dat ze door bemiddeling van haar vader een huwelijkskandidaat had gevonden, dat beide partijen expliciet elk huwelijksgevolg hadden uitgesloten en dat de man bovendien een verklaring had ondertekend waarin hij had beloofd akkoord te gaan met een echtscheiding zodra zij erom zou vragen. De partners waren niet religieus gehuwd, terwijl de vrouw heel gelovig was. Het geheel van deze vaststellingen zette de rechter ertoe aan om het huwelijk nietig te verklaren. Hij heeft zijn uitspraak evenwel gesteund op een kwalificatie van het huwelijk als schijnhuwelijk en is niet ingegaan op het middel dat het huwelijk nietig was op grond van vrees voor geweld.

**261.** Twee elementen in deze uitspraak wekken het vermoeden dat de rechter zich heeft laten leiden door de wens om tot een billijke uitspraak te komen.

**262.** De rechtbank haalde de afwezigheid van een religieuze viering aan als aanvullend teken van schijnhuwelijk. Verderop, in het kader van onze bespreking van het schijnhuwelijk, zullen we suggereren dat dit argument beter niet wordt gehanteerd als de partijen daar niet zelf om verzoeken. De religieuze huwelijksluiting wordt naar Belgisch recht immers als een huwelijksvorm en niet als grondvoorwaarde voor het huwelijk beschouwd. De bereidheid van de rechter *in casu* om de huwelijksvorm inderdaad wél te laten doorwegen op verzoek van eiseres, getuigt van openheid voor subjectieve belevingsfactoren en wijst er, net

<sup>335</sup> Brussel 28 mei 1955, *Rev. trim. dr. fam.* 1955, 61.

<sup>336</sup> Brussel 9 april 1954, *J.T.* 1955, 110 (*in casu* evenwel geen vernietiging wegens onvoldoende bewijs).

<sup>337</sup> Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2915.

<sup>338</sup> D. STERCKX, "Le mariage", *Rép. Not.*, 85, nr. 101; X., "Mariage", in *Rép. Dr. civ. Dalloz*, VII, nr. 126.

<sup>339</sup> Rb. Brussel 7 april 1945, *J.T.* 1946, 401, noot H. BOCQUET, *R.C.J.B.* 1947, 31, noot J. DABIN, *Rev. prat. Not. b.* 1946, 401, noot M. MAYNE, met verwijzing naar Rb. Brussel 26 juni 1942, *onuitg.*

zoals reeds eerdere illustraties (*cf. supra*, beoordeling van een ouderlijke weigering om met het huwelijk in te stemmen) op dat bij de beoordeling van het huwelijk ruimte bestaat voor de religieuze beleving, ook al is in ons rechtstelsel het onderscheid burgerlijk huwelijk – religieus huwelijk onbetwist.

**263.** Het is niettemin van belang dat de waarde die aan een religieus geïnspireerd argument wordt gehecht, een louter feitelijke waarde blijft, die geen plaats wordt gegeven in de juridische bewijsvoering<sup>340</sup>. Hoewel het religieuze element niet miskend mag worden als factor om handelingen van bepaalde personen, niet het minst vreemdelingen, mee te beoordelen, moeten we m.n. om twee redenen voorzichtigheid aan de dag leggen.

**264.** Ten eerste mogen we niet de fout begaan een huwelijksvereiste die naar Belgisch recht als vormvoorwaarde voor het huwelijk wordt gekwalificeerd, o.i.v. de vermoede beleving van (één van de) partijen, in de beoordeling de waarde van grondvoorwaarde toe te kennen. Een huwelijk dat wordt aangegaan in België moet slechts burgerlijk worden gesloten. Een subjectief oordeel over (niet verplichte) huwelijksvormen kan maar een beperkte rol spelen, meer bepaald in de toetsing van een vermoeden van onvrije huwelijks toestemming.

**265.** Ten tweede is het niet enkel voor de rechter, maar ook voor de partijen onmogelijk om in België het uitblijven van een religieuze huwelijksviering als teken van onecht huwelijk te beschouwen. Een voorwaardelijk huwelijk is naar Belgisch recht immers niet mogelijk, noch erkenbaar. Ons recht negeert principieel elke bedongen huwelijksvereiste en beschouwt het huwelijk voorts als geldig (*cf. infra*)<sup>341</sup>. Ook het niet inlossen van een voorafgaande verwachting of eis van religieuze huwelijksluiting kan de geldigheid van het huwelijk bijgevolg niet aantasten.

**266.** *In casu* kreeg de religieuze huwelijksviering achteraf daarentegen wél een rol toebedeeld die nauw aansluit bij die van de bedongen voorwaarde. De religieuze viering bleek voor de vrouw een voorwaarde te zijn om het huwelijk als geldig te beschouwen. De rechter heeft impliciet erkend dat het tevens een voorwaardelijk huwelijk betrof, door het gebrek aan religieuze viering op te werpen als aanwijzing voor het geveinsde karakter van het huwelijk.

**267.** Ook al menen we niet dat elk middel dat steunt op een cultureel of religieus argument zonder meer moet worden geweerd<sup>342</sup>, er moet een bijzondere voorzichtigheid aan de dag worden gelegd bij het bepalen van de wijze waarop dat argument in de motivering kan worden ingepast. Het middel kan niet doorslaggevend zijn, maar hoogstens een feitelijk element vormen<sup>343</sup>. Het vervult niet meer dan een aanvullende functie bovenop een bewijs dat op zich reeds

<sup>340</sup> Zie ook J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 42.

<sup>341</sup> J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 39.

<sup>342</sup> Een dergelijk voorstel is wel geformuleerd door: V. VAN DEN EECKHOUT, (1998).

<sup>343</sup> zie ook: Rb. Mechelen 21 maart 2001, *T. Vreemd.* 2002, 186.

voldoende overtuigend moet zijn. In de aangehaalde zaak heeft de rechter evenwel anders geoordeeld. Een ietwat meer genuanceerde motivering, in die zin dat het religieuze argument niet doorslaggevend is, maar er wel toe aanzet om de toestemming nogmaals te toetsen en een aanwijzing kan zijn voor de gebrekkigheid ervan, had tot eenzelfde uitkomst kunnen leiden<sup>344</sup>.

**268.** *In casu* werd overigens expliciet een tweede voorwaarde geformuleerd in de vorm van een bedongen belofte om in een echtscheiding toe te stemmen zodra de vrouw erom zou verzoeken. Ook deze belofte werd door de rechter niet genegeerd. DABIN<sup>345</sup> volgt hem daarin omdat de belofte volgens hem niet toeliet om aan te nemen dat het een oprecht huwelijk betrof. Het was geen voorwaarde die tot een voorwaardelijk huwelijk zou doen besluiten. Het doel van de belofte bestond er daarentegen in om *elk* idee van een huwelijk uit te sluiten, *of het nu voorwaardelijk was of niet*. Ook de rechter had duidelijk gesteld uit de feiten te kunnen afleiden dat de partijen nooit de intentie hadden gehad om een levensgemeenschap te vormen.

**269.** Opnieuw kunnen we ons bij deze redenering slechts aansluiten mits één van de partners het middel zelf opwerpt. Het kan een aanvullende aanwijzing zijn van een gebrekkige toestemming. Op zich hoeft de genoemde belofte een geldig huwelijk evenwel niet in de weg te staan. Dat gold ten tijde van het vonnis reeds impliciet en blijkt sinds februari 1975<sup>346</sup> tevens duidelijk uit de bepalingen van het B.W. zelf: een verwijzing naar de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding sinds aanvankelijk tien jaar, voortaan nog slechts twee jaar, volstaat om te concluderen dat iedere gehuwde persoon *eenzijdig* een echtscheiding kan opleggen. Het echtscheidingsrecht heeft de betreffende voorwaarde overbodig gemaakt. Een huwelijk kan perfect geldig zijn terwijl de partners steeds de mogelijkheid hebben om er eenzijdig een einde aan te stellen, nadat ze gedurende een zekere tijd apart gewoond hebben. Bovendien had de vrouw nooit kunnen afdwingen dat de man de voorwaarde zou naleven. De staat van de persoon is immers niet beschikbaar.

**270.** Bovenstaand vonnis illustreert dat de rechter met het oog op een billijk resultaat aan rechtsvinding heeft gedaan. Hij heeft daarbij evenwel geopteerd voor de minst evidente oplossing. Ten tijde van het vonnis was een vernietiging op grond van schijnhuwelijk nog niet algemeen aanvaard<sup>347</sup>. Dwang scheen

<sup>344</sup> Zie ook J.P. MASSON, "L'annulation du mariage – Législation, doctrine, jurisprudence", in J.P. MASSON, PH. DE PAGE en G. HIERNAUX (eds), *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation*, Diegem, Story-Scientia, 1997, 169; J. ROODHOOFT, *I.c.*; J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 42.

<sup>345</sup> J. DABIN, *I.c.*, 42.

<sup>346</sup> K.B. van 14 januari 1975 tot uitvoering van de Wet van 1 juli 1974 tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk en het Gerechtelijk Wetboek, betreffende de echtscheiding, *B.S.* 21 januari 1975.

<sup>347</sup> Pas sinds de wet van 4 mei 1999 is een wettelijke grondslag gegeven aan de nietigheidsgrond van schijnhuwelijk: zie S. D'HONDT, "Artikel 146bis B.W.", in *Comm. Pers.* (2000); S. D'HONDT, "De aangifte van het huwelijk – Commentaar bij de Wet van 4 mei 1999", *E.J.* 1999, 104-106, nrs. 16-18, 23-26 en 29; G. VERSCHULDEN, "Schijnhuwelijken. Een bespreking van de Wet van 4

meerdere auteurs<sup>348</sup> toe als een veiligere optie, aangezien werd aangenomen dat *contract*spartijen hun *contract*, *in casu* het huwelijk, niet onderling kunnen wijzigen zonder derden daarvan op de hoogte te stellen en veinzing bijgevolg niet tot de mogelijkheden werd gerekend.

**271.** Ook DABIN weigerde ten tijde van het vonnis om de hypothese van een schijnhuwelijk te aanvaarden als nietigheidsgrond<sup>349</sup>. Zijn argument daartoe was dat andere hypothesen die de doelstellingen van het huwelijk uitsluiten, zoals onvruchtbaarheid, impotentie, een huwelijk *in extremis*, ouderdom, de geldigheid van het huwelijk evenmin in de weg staan<sup>350</sup>. Het kan evenwel verwonderen dat DABIN in deze vergelijking geen rekening heeft gehouden met het element dat hij overigens steeds als doorslaggevend heeft vooropgesteld: het element van de vrije wil. Als ongewenste, onopzettelijke factor kan impotentie, onvruchtbaarheid, ziekte of een hoge leeftijd, moeilijk worden vergeleken met de wens van minstens één van de partijen – *in casu* overigens beide – om een schijnsituatie te creëren. Het lot en de vrije wil kunnen niet op gelijke voet worden behandeld.

**272.** Wel volgen we de auteur in zijn stelling dat dwang en geweld toelaten om na verloop van tijd de nietigheid alsnog te dekken. Een schijnhuwelijk is daarentegen definitief nietig<sup>351</sup>. Om die reden is het van belang om beide nietigheidsgronden duidelijk van elkaar te onderscheiden.

**273.** Het vonnis illustreert enerzijds dat opvattingen over rechtsfiguren en nietigheidsgronden, bv. die van het schijnhuwelijk, op korte tijd sterk kunnen evolueren. Anderzijds nodigt het ertoe uit om de voor- en nadelen van alternatieve nietigheidsgronden tegenover elkaar te plaatsen en om na te gaan in hoeverre rechters in de materie principieel, dan wel resultaatgericht oordelen.

**274.** De vage plaatsing van de concrete *casus* tegenover het begrip 'schijnhuwelijk' is vermoedelijk te wijten aan het feit dat de rechtbank van Brussel in de na-oorlogse periode nog alleen stond in zijn kwalificatie van simulatie als nietigheidsgrond. Meerdere wetgevende initiatieven hadden reeds gepleit om morele dwang op te nemen als nietigheidsgrond. Nietigverklaring op grond van collusie werd evenwel meestal van de hand gewezen: 'echtgenoten kunnen niet met het huwelijk spelen'. Rechtszekerheid voor derden was belangrijk. Veinzing diende aldus te worden genegeerd. De schijn van geldigheid primeerde.

**275.** Deze houding kan worden geïllustreerd aan de hand van een eveneens

---

mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk", in X. (ed.), Gandaius Actueel, V, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 2000, nrs 94-106.

<sup>348</sup> O.m. H. BOCQUET, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *J.T.* 1946, 401.

<sup>349</sup> J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 39.

<sup>350</sup> J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 39; H. DE PAGE, o.c., I, 1991, nrs. 578 en 581. Dit kan enigszins verwonderen aangezien procreatie toen nog als hoofddoelstelling van het huwelijk werd beschouwd.

<sup>351</sup> *Cf. infra* evenwel ons voorstel om toe te staan dat ook deze nietigheid wordt gedekt.



Brussels vonnis uit 1956<sup>352</sup>. Een man vorderde de nietigverklaring van zijn huwelijk op grond van de vaststelling dat het enkel was aangegaan met de bedoeling om het kind te wettigen dat voorheen uit de relatie was geboren. De man had zijn huwelijksbelofte gegeven in ruil voor een schriftelijke verklaring van de vrouw dat ze geen andere gevolgen van het huwelijk zou aanvaarden, dat geen enkele partij samenwoning zou kunnen eisen en dat ze op elk moment zou instemmen met zijn verzoek om uit de echt te scheiden. De rechter weigerde het huwelijk nietig te verklaren. Het feit dat de overeenkomst slechts in een echtscheiding en niet in een nietigverklaring voorzag, deed de rechter besluiten dat de partijen het huwelijk zelf als geldig beschouwden. De bepalingen van de verklaring lieten volgens de rechter de mogelijkheid open dat er spontaan een samenwoning zou plaatsvinden of dat de man nooit gebruik zou maken van zijn 'recht' om uit de echt te scheiden<sup>353</sup>.

**276.** Deze stelling staat haaks op die van het vonnis van 1945, die de steun genoot van meerdere auteurs. Een gedeeltelijke verklaring voor deze tegenspraak menen we te vinden in het gegeven dat de rechter zijn oordeel mede heeft gesteund op de vaststelling dat de gedragingen van de vrouw uitwezen dat zij wel degelijk een gemeenschap beoogde. Dit argument kan doorslaggevend zijn geweest aangezien uit rechtspraak en rechtsleer van die periode blijkt dat een schijnhuwelijk slechts werd aangenomen als de kwade trouw van *beide* partijen vaststond<sup>354</sup>.

**277.** Uit de hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt dat op twee tegengestelde wijzen kan worden omgegaan met huwelijksvereisten. Slechts één aanpak is verantwoord: deze die de werkelijke wil van de partijen centraal stelt. Enerzijds stelt zich de vraag naar de doelstelling van de persoon die de voorwaarde heeft geformuleerd. Anderzijds stelt zich de vraag in welke mate de andere partij zich

<sup>352</sup> Rb. Brussel 3 november 1956, *Pas.* 1957, III, 105.

<sup>353</sup> De rechter heeft hiermee zijn weigering impliciet gesteund op de vaststelling dat een huwelijksvereiste kan worden genegeerd, tenzij ze het huwelijk in zijn grondvesten aantast. Een heroverweging van de toestemming in het licht van de gemaakte voorbehouden laat toe om desgevallend alsnog tot een schijnhuwelijk te besluiten. Het feit dat partijen een echtscheiding onderling afdwingbaar stellen, volstaat op zich evenwel niet om tot veinzing te besluiten. Een afspraak betekent nog niet dat de partners er effectief gebruik van zullen maken. In dat verband had de rechter beter niet gesteld dat de partners met de voorwaarde afstand deden van een mogelijke vordering tot nietigverklaring. De staat van de persoon is onbeschikbaar. Tegenwoordig wordt door bepaalde rechters overigens aangenomen dat een vordering tot nietigverklaring nog ontvankelijk is nadat reeds een echtscheiding is uitgesproken: Brussel 9 december 1997, *onuitg.*; Gent 11 april 1997, A.R. 1995/412, Goethals/Ben Sellam, *onuitg.*, samengevat door A. BELAMRI en G. FRANSSENS, "Chronologisch register van de rechtspraak", in M.-CL. FOBLETS (ed.), o.c., 372; Luik 13 december 1994, *T.B.B.R.* 1996, 324, noot C. PARIS; Luik 6 december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 43.

<sup>354</sup> Zie ook nog vandaag: Antwerpen 16 juni 1998, 1995/A.R./447, *onuitg.*; Antwerpen 10 juni 1998, 1997/A.R./1820, *onuitg.*; Antwerpen 28 april 1998, A.J.T. 1999, 540; Rb. Charleroi 11 mei 1995, *Rev. not. b.* 1995, 371 ("... que doivent être prouvées la simulation et la collusion entre les époux"); Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1994, 75; Rb. Luik 13 juni 1978, *J.L.* 1978-79, 55; Rb. Kortrijk 17 mei 1957, *R.W.* 1957-58, 425; H. DE PAGE, o.c., 1961, nr. 659bis en 1990, nr. 578; J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 36; J. GERLO, *Personen- en familierecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 189.

gebonden voelde door die wil.

**278.** Ook illustreren bovengenoemde uitspraken dat culturele argumenten door de rechter in beide richtingen kunnen worden gehanteerd – nu eens rechtvaardigen ze sociale druk, dan weer vormen ze een aanwijzing voor veinzing of dwang<sup>355</sup> – en evengoed door hem buiten beschouwing kunnen worden gelaten omdat ze geen juridische waarde hebben. Het is duidelijk dat geval per geval moet worden geoordeeld. Het gevaar is evenwel reëel dat bij gebrek aan richtlijn niet steeds de meest billijke keuze wordt gemaakt. Naargelang de klemtoon kan in éénzelfde geval een overtuigende rechtvaardiging worden gegeven aan uiteenlopende oplossingen. Het is daarom van belang dat de rechter zijn keuze om al dan niet rekening te houden met motieven van subjectieve aard duidelijk motiveert.

### **- Het gedwongen en het gearrangeerde huwelijk naar I.P.R.**

**279.** De I.P.R.-rechter heeft reeds meermaals uitspraak moeten doen over vorderingen tot nietigverklaring van een huwelijk op grond van dwang<sup>356</sup>. De vaststelling dat in meerdere culturen de keuze van de huwelijkspartner een samenspel is van de eigen wil en die van de familie<sup>357</sup> is hier niet vreemd aan. De wijze waarop die druk wordt uitgeoefend, is begrijpelijkerwijze doorslaggevend voor de beoordeling van de rechter. Ook in onze samenleving is bij een huwelijk tussen Belgen onderling soms sprake van dwang. Het betreft evenwel overwegend informele, subtiele dwangmechanismen<sup>358</sup> die moeilijk te bewijzen zijn en soms bovendien expliciet worden bestempeld als sociaal aanvaardbaar, rekening houdend met de maatschappelijke structuren en religieuze achtergrond<sup>359</sup>.

<sup>355</sup> Verderop staan we stil bij rechtspraak waarbij werd aangenomen dat een bepaald sociaal milieu reeds een vermoeden schept van sociale beïnvloeding. Deze stelling kan overigens zowel een aanname als een verwerping van dwang motiveren.

<sup>356</sup> Hierover o.m. M.-CL. FOLETS (1994), 128; M. ZAHRAA, "The legal capacity of women in Islamic law", *Arab Law Quarterly* 1996, III, vol. 11, 245-261; A. SHAHEEN SARDAR, "Women's Human Rights in Islam: towards a theoretical framework", in E. COTRAN en C. MALLAT (eds), *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, IV, 1997-1998, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 117-152; J. LIEVENS, *The third wave of immigration from Turkey and Morocco: determinants and characteristics*, Gent/Brussel, Vakgroep Bevolkingswetenschappen/Interface Demography, 1997, 24 p.

<sup>357</sup> J. STREIFF-FENART, "Le mariage: un moment de vérité de l'immigration familiale maghrébine", *Revue européenne des migrations internationales* 1985, 129-140.

<sup>358</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 74, roept deze dwangstructuren daarentegen in als argument om dwang naar o.m. islamitische rechtsregels te relativiseren. Zie ook D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 12: dwang, uitgaande van de Joodse religie, de Aziatische ancestor worship, een communistisch regime (bv. voormalig Oost-Duitsland), alsook indirecte dwang doordat wettelijke voordelen zijn verbonden aan het statuut van gehuwde of doordat een verbreking van de verloving de dreiging creëert van een veroordeling tot schadevergoeding. Anderen relativiseren dat laatste dan weer, omdat de schadevergoeding niet zo hoog wordt bepaald dat een huwelijk onafwendbaar wordt: P.H. NEUHAUS, *Privatrecht und Stabilität der Ehen in rechtsvergleichender Sicht, Ius privatum Gentium, Festschrift Rheinstein II*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1969, 939.

<sup>359</sup> Cf. *supra*, Rb. Brussel 3 november 1956, *Pas.* 1957, III, 105: ook al verwacht de samenleving dat een kind in het kader van een huwelijk wordt geboren, deze verwachting volstaat niet om tot

**280.** Er moet o.i. niet vlotter worden heengegaan over huwelijksdwang t.a.v. vreemdelingen dan t.a.v. Belgen. Dat is voorheen niettemin een aantal keren voorgevallen. De Brusselse rechter bv. heeft in een aantal zaken geweigerd om aan te nemen dat een huwelijksluiting met huwelijksvoogd gepaard zou kunnen gaan met een gebrekkige toestemming<sup>360</sup>. Zijn oordeel was ingegeven door de vaststelling dat de Marokkaanse wet zelf diens optreden vereist.

**281.** Een strengere beoordeling van huwelijken tussen vreemdelingen op grond van 'verdachte' culturele gebruiken is evenwel evenmin gerechtvaardigd in zoverre de aandacht voor de werkelijke toestemming erdoor op de achtergrond komt<sup>361</sup>.

**282.** *De realiteit van gedwongen huwelijken.* Alvorens we de moeilijke oefening aangaan om dwang, spijt en arrangementen van elkaar af te lijnen, staan we t.b.v. een klare kijk op de omvang van de problematiek stil bij de resultaten van een literatuurstudie over de verspreidheid van gedwongen huwelijken.

**283.** Gedwongen huwelijken zouden nog ruim vóórkomen, ook intrafamiliaal, m.n. tussen neef en nicht. O.m. in Algerije is dat het geval<sup>362</sup>. In Saoedi-Arabië, Egypte<sup>363</sup>, Libanon, Marokko, Iran, Irak, Syrië en Soedan wordt een neef overigens toegestaan om het nichtje te doden als het weigert om met hem te huwen<sup>364</sup>. Ook naar Pakistaans recht is huwelijksdwang nog toegelaten<sup>365</sup>. De vrouw wordt weliswaar vanaf het bereiken van de meerderjarigheid in de mogelijkheid gesteld om haar man te verstoten. Is het huwelijk evenwel reeds vrijwillig geslachtelijk voltrokken, dan is een verstoting niet langer mogelijk<sup>366</sup>.

**284.** In meerdere Staten is huwelijksdwang weliswaar verboden, maar komt de praktijk nog voor en is er geen sanctie op gesteld<sup>367</sup>. Meerdere Latijns-

---

dwang te besluiten.

<sup>360</sup> Rb. Brussel 18 december 1990, *J.T.* 1991, 242; Rb. Brussel 17 januari 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1986, 28 (impliciet).

<sup>361</sup> Zie o.m. het verwijt van C.J. FORDER aan het adres van de globale Westerse rechtspraak die blijk geeft van 'onvermogen om de genuanceerde vormen van druk vanuit het ouderlijk huis te onderkennen': C.J. FORDER, "In het gezinsleven: 'different but equal'", in A.W. HERINGA, J. HES, en L. LIJNZAAD (eds), *Het vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1994, 240.

<sup>362</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 17 en 50.

<sup>363</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 84: In Egypte kan de vader of een andere wali (huwelijksvoogd) van vaderszijde de minderjarige of geesteszieke kinderen uithuwelijken mits hij hun socio-economische belangen in acht neemt. Doet hij dat, dan kan de betrokkene slechts trachten het huwelijk te laten vernietigen wegens dwang nadat ze de meerderjarigheid heeft bereikt.

<sup>364</sup> BERGMANN en FERID, *Ehe- und Familienrecht*, deel Religiöse Ehrechte – Islam, VII, nr. 40.

<sup>365</sup> X., "National reports, 'P'", *I.E.C.L.* 1996, 9.

<sup>366</sup> Relevant daarbij is de vraag hoe wordt nagegaan of een geslachtelijke voltrekking al dan niet met toestemming van de vrouw is gebeurd.

<sup>367</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 24, 27 en 81. O.m. China (art. 1 en 3 Marriage act): slechts bij verkoop of gewelddadige uithuwelijking zijn de schuldigen strafbaar: art. 141 en 179 Strafwet. Een vordering tot echtscheiding wegens gedwongen huwelijk is wél in alle

Amerikaanse wetten voorzien in een automatische omzetting van een buitenhuwelijkse tweerelatie in een huwelijk, zodra één van de partners of een derde daarom verzoekt<sup>368</sup>. Dat kan als gevolg hebben dat één of beide partners zich gedwongen voelen in het huwelijk. Anderzijds impliceren bepaalde van die omzettingen slechts gedeeltelijk huwelijksgevolgen. Een partner die de gevolgen niet wenst, kan overigens een eind stellen aan het concubinaat<sup>369</sup>.

**285.**In Algerije, Iran, Irak, Libië en Tunesië is de *djabr* (het recht van de wali om een vrouw tegen haar wil uit te huwelijken) in de loop van de jaren 1980 verboden. Zowel de rol van de *wali* als de toelaatbaarheid van kinderhuwelijken, o.m. in Iran en Libië, wijzen er evenwel op dat voldoende waakzaamheid aan de dag gelegd moet worden.

**286.**Een huwelijk op jonge leeftijd is alvast door het Brusselse Hof aangenomen als mogelijke aanwijzing van dwang<sup>370</sup>. *In casu* was de bruid zestien jaar oud. De echtgenoot had haar pas na anderhalf jaar huwelijk in België vervoegd<sup>371</sup>. De betrokkenen hadden tot op het ogenblik van de uitspraak nooit samengewoond en het huwelijk was niet geslachtelijk voltrokken. De vader van het meisje had inmiddels aan de politie verklaard dat hij niet wist dat zijn dochter niet wilde huwen, maar dat hij nu besepte dat ze nooit haar vrije toestemming zou hebben gegeven.

**287.***De realiteit van gearrangeerde huwelijken.* Daarnaast moet evenwel worden onderkend dat gearrangeerde huwelijken van alle tijden zijn<sup>372</sup> en de vrije wil van

---

omstandigheden voorzien.

<sup>368</sup> O.m. art. 173-182 C.C. van Guatemala en art. 3 Law of Free Unions van Panama.

<sup>369</sup> O.m. art. 158-172 Boliviaanse Familiecode 1972. Hierover: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 13.

<sup>370</sup> Brussel 17 oktober 1995, A.J.T. 1995-96, 291.

<sup>371</sup> Dit gebeurde nog vóór de echtgenote achttien jaar oud was. We leiden hieruit af dat de man een machtiging tot het verblijf was verleend op grond van art. 9 Vreemdelingenwet, aangezien art. 10 Vreemdelingenwet vooralsnog geen recht op gezinshereniging verleent aan de echtgenoot van een persoon, jonger dan achttien jaar.

<sup>372</sup> Hierover o.m. C. KUYU MWISSA, "L'étranger face au droit français de la famille: l'exemple des Congolais d'Ile-de-France", *Revue de droit africain* 2001, 132: uit een onderzoek bleek dat 96 van de honderd ondervraagden waren gehuwd met een Congolees (-ese); 40% had zijn partner leren kennen in Congo; 8% had hem nog nooit ontmoet: hij was door de familie in Congo aanbevolen en overgevoerd; R. LESTHAEGHE en H. PAGE, *Gezinsvorming en waardenpatronen bij Turkse vrouwen in Vlaanderen en Brussel*, Brussel, V.U.B., 1992; C. TIMMERMAN, W. CLAEYS en A. DE MUYNCK, "Denken over waarden. Attitudes van Turkse migrantenvrouwen tegenover een Westers waardensysteem", *Cultuur en Migratie* 1989; R. JANSSENS, *Genderrelaties bij Turkse en Marokkaanse migrantenvrouwen in evolutief perspectief* (Working paper 1996-2, serie etnische minderheden in België), Centrum voor Sociologie V.U.B. en Vakgroep Bevolkingswetenschappen RUG, Brussel, VUB, 1996, 47 p.; I. ESVELDT en J.J. SCHOORL, "Veranderingen in de huwelijkssluiting van Turken en Marokkanen in Nederland", *Bevolking en gezin* (Ndl.) 1998, afl. 3, 64-71: 40% van de huwelijken van oudere-generatie-Turken in Nederland zouden gearrangeerd zijn. Ongeveer 8 tot 9% van de huwelijken vindt plaats zonder dat de kinderen worden geraadpleegd. Bij tweedegeneratiemigranten vindt nog slechts 10 procent van de huwelijken gearrangeerd plaats. Bij Marokkanen daarentegen zou het aantal gearrangeerde huwelijken toenemen. Een verklaring hiervoor is vermoedelijk dat de eerstegeneratiemigranten allen mannen waren en dat deze als pioniers nog minder onder sociale

controle van de achtergebleven Marokkaanse samenleving stonden. Vandaag zou vnl. in traditionelere milieus 40% van de tweedegeneratiemigranten menen dat de ouders een belangrijke rol spelen bij de partnerkeuze van hun kinderen (tegenover 8 procent van de ondervraagde Turken). Slechts 9 % van de gehuwde tweede-generatie-Marokkanen keurt een gemengd huwelijk met een Nederlands onderdaan goed. 40% van de ongehuwden keurt dit goed. Bij Turkse migranten betreft het resp. 43 en 60 %.

Niettemin hebben de onderzoekers ondervonden dat steeds meer Marokkaanse vrouwen niet langer met een Marokkaanse man willen huwen, omdat hij geen voldoende hoog opleidingsniveau heeft (p. 76). Gemengde huwelijken vinden vandaag nog voornamelijk plaats bij goed opgeleide migrantenjongeren, die een vader hebben die eveneens een hoger opleidingsniveau heeft genoten en vaak afkomstig is uit een modernere regio van het herkomstland. Turken zouden meer openstaan voor gemengde huwelijken. 25% meent dat de ouders een gemengd huwelijk met een Nederlander zouden goedkeuren, tegenover 3 % van de ondervraagde Marokkaanse ongehuwde jongeren. Conclusie van het onderzoek is dat de praktijk nog steeds op import is gericht. Niettemin blijken meer en meer jongeren geneigd te zijn om afstand te doen van het gebruik, gezien het risico op schijnhuwelijken en de onvoldoende goede opleiding van een man uit het herkomstland; E. LODEWIJCKX en K. HENDRICKX, "Visies van ongehuwde tweede-generatie Marokkaanse jongeren op huwelijk, partnerkeuze en seksualiteit", *Bevolking en Gezin* 1998, afl. 3, 100-102: dit onderzoek wijst uit dat meerdere meisjes toch vast zouden blijven houden aan het gebruik van de importpartner, omdat die niet te losbandig of crimineel is en omdat niet het gevaar bestaat dat hij inmiddels Belgische vriendinnen heeft. Ook zouden de Marokkaanse meisjes nog overwegend een geïdealiseerd beeld hebben van de jongens in Marokko als mannen met meer stijl en respect. Hoog opgeleide meisjes vinden hier vaak geen waardige partner. Ook hopen vele meisjes dat de geïmporteerde partner hen de nodige vrijheid zal laten en bovendien van hen afhankelijk zal zijn zolang ze zelf niet zijn geïntegreerd. Tegen het ogenblik dat ze dat zijn, hopen de meisjes definitief een sterke rol in het gezin te zullen hebben verworven. Ook de afhankelijkheid inzake verblijfspositie geeft hen macht. M.-CL. FOLETS (1994), 128; J. LIEVENS, "Kenmerken van gezinsvormende migratie", in R. LESTHAEGHE (ed.), *Diversiteit in sociale verandering: Turkse en Marokkaanse vrouwen in België*, Brussel, VUBPRESS, 1997, 73-103; T. CALLAERTS, "Stratégies matrimoniales des différentes communautés étrangères: Turkish family formation in Flanders and Brussels", uiteenzetting en tekst in kader van *Rencontre-Debat belge. L'immigration familiale à l'épreuve de l'intégration: formation et constitution des familles, regroupement familial et bannissement, Coordination belge pour le droit des étrangers à vivre en famille*, Brussel 22 januari 1999: het aantal 'geïmporteerde' huwelijken is niet gedaald. Dit staat in schril contrast met de assimilatie-these die uitgaat van een toenemende vrije partnerkeuze. Gearrangeerde huwelijken blijven veelvuldig voorkomen, vaak met instemming van het kind zelf. 74,7% van de partners van de geïnterviewde Turkse migrantenvrouwen is uit Turkije overgekomen; 19,7% was reeds Turks migrant in België; slechts 5,6% van de huwelijkspartners zijn Belgisch van oorsprong (de resultaten hebben het over 'other ethnicity', waardoor we ervan uitgaan dat het naar oorsprong Belgen betreft, en geen genaturaliseerde Turken of Belgen met Turkse ouders of grootouders). Van de geïnterviewde mannen bleek 68,7 % van de vrouwelijke huwelijkspartners 'geïmporteerd'. 29,5 % verbleef reeds in België bij de huwelijksluiting. Slechts 1,8 % van de partners is Belgisch van oorsprong (zie ook J. LIEVENS, "kenmerken van gezinsvormende migratie", in R. LESTHAEGHE (ed.), *Diversiteit in sociale verandering: Turkse en Marokkaanse vrouwen in België*, Brussel, VUBPRESS, 1997, 73-103). Van de ondervraagde Turkse vrouwen met verblijf in Vlaanderen of Brussel, ouder dan 40, zei 27% gedwongen uitgehuwelijkt te zijn. 37 % meende zelf dat ouders beter het huwelijk van hun kinderen kunnen regelen, arrangeren. Gearrangeerde huwelijken met familieleden genieten de voorkeur om versnippering van het familievermogen te voorkomen (zie ook De Morgen 30 augustus 1999). 13% van de ondervraagde Turkse en 8% van de Marokkaanse eerste-generatiemigranten tussen 17 en 24 werd gedwongen uitgehuwelijkt. Bijna een op drie was te vinden voor een gearrangeerd huwelijk. Dat percentage lag lager voor migranten die al ongeveer hun hele leven in België verbleven. Slechts een gemiddelde van ongeveer 22% zei volledig vrij gekozen te hebben voor het huwelijk. Dat percentage stijgt naargelang de betrokkene reeds sinds langer in België verbleef en naargelang het huwelijk recenter had plaatsgevonden; R. LESTHAEGHE en J. SURKYN, "Heterogeneity in social change: Turkish and Moroccan women in Belgium", *European Journal of population* 1995, nr. 11, 1-29:

de partners niet uitsluiten<sup>373</sup>. Vaak is het huwelijk voor de betrokken vrouwen een manier om zich te bevrijden van sociaal isolement en van onzekere vooruitzichten<sup>374</sup>. Er kan een zakelijk motief aan ten grondslag liggen. Zakelijke huwelijken zijn geldig<sup>375</sup>. Bepaalde rechters hanteerden de overhandiging van een geldsom evenwel reeds als overtuigingselement om een huwelijk te vernietigen op grond van dwang<sup>376</sup>. Voorzichtigheid is hierbij o.i. geboden: de bruidsgift is nog steeds een gebruik, meer nog een grondvoorwaarde in

---

van de in 1991-92 ondervraagde tweede-generatiemigranten had 4% haar partner toegewezen gekregen. 9% zag geen graten in een gearrangeerd huwelijk. 53% zegde volledig vrij gehuwd te zijn. Een derde van de Turkse en de helft van de Marokkaanse ondervraagde eerste-generatiemigrantenvrouwen tussen 40 en 49 leerde haar partner slechts twee maand voor het huwelijk kennen. In de tweede generatie bedraagt dit 'slechts' 19 %. Van de recent aangekomen vrouwen tussen 17 en 24 bedraagt het voor beide nationaliteitsgroepen een derde. Dat Marokkaanse jongeren van de tweede generatie nog zelden worden geconfronteerd met gedwongen of gearrangeerde huwelijken wordt tevens bevestigd door onderzoek van het Centrum voor Bevolkings- en Gezinsstudie en het Centrum Huisartsgeneeskunde van de UIA (De Morgen 30 augustus 1999). Een interview van 55 Marokkaanse jongeren tussen zestien en twintig wees evenwel uit dat de meisjes in België beschermd, afgeschermd worden opgevoed. Op reis in Marokko krijgen ze meer vrijheid, waardoor de kans groter is dat ze daar een huwelijkspartner vinden. Interetnische huwelijken zouden nog steeds moeilijk bespreekbaar zijn. Onderzoek van R. LESTHAEGHE, "Transnational islamic communities in a multilingual secular society", *Internetsite VUB - Interface demography*, 21, wijst uit dat 74% van de Turkse en 57 % van de Marokkaanse ondervraagden een geïmporteerde bruid huwen. 69 % van de Turkse en 57 % van de Marokkaanse vrouwen importeert haar bruidegom. Recent ook in dit verband: N. THOMAS, *The influence of culture in understanding force and fear in matrimonial consent: a systematic study of reverential fear in the arranged marriages of Indian cultural context with specific reference to Tamilnadu*, Leuven, K.U. Leuven, doct., 2001, 364 p.

<sup>373</sup> Zie recent nog Brussel 16 maart 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 281, noot M.-CL. FOLETS; A. ALSULAIMAN, "De positie van de vrouw in de islam en van de islamitische vrouwen in België", in M.-C. FOLETS, B. HUBEAU en A. DE MUYNCK (eds.), *Migrantenonderzoek voor de toekomst*, Leuven, Acco, 1997, 151, suggereert om het gearrangeerde huwelijk te beschouwen als uitdrukking van de individuele vrijheid om op de wijsheid van de ouders te vertrouwen; E.A. BAERENDS, "Woman is king, man a mere child", *Journal of legal pluralism and unofficial law* 1990-1991, Speciaal nummer 'The socio-legal position of women in changing society', 52-53; L. JORDENS-COTRAN, "Wet Voorkoming Schijnhuwelijken", *M.R.* 1996, 10; J.J. NASIR, o.c., 12: het gearrangeerde huwelijk steunt niet op de Sharia, noch op de personele statuten die daarop zijn gebaseerd. Huwelijksdwang is uit den boze.

Zie ook "VLD-voorstellen met betrekking tot de aanpak van de gedwongen huwelijken en schijnhuwelijken", *VLD-persmededeling* 23 oktober 2002: handelen de twee partners uit vrije wil, dan is het huwelijk geldig, ook als het gearrangeerd is.

<sup>374</sup> D. ABDULRAHIM, "Defining gender in a second exile: Palestinian women in West Berlin", in G. BUIJS (ed.), *Migrant women. Crossing boundaries and Changing Identities*, Oxford, Berg, 1996: bv. in de arme arbeidersgemeenschap binnen de Palestijnse gemeenschap in Berlijn. Zie bv. Hof Den Haag 4 maart 1982, *R.V. (Ndl.)* 1982, 22. Opvallend in het arrest is dat de rechter de religieuze huwelijksluiting heeft aangenomen als een extra aanwijzing van de realiteit van het huwelijk.

<sup>375</sup> Rb. Hasselt 18 februari 1998, *T.B.B.R.* 1999, 99; Brussel 10 februari 1998, 1996/A.R./1629, *onuitg.*; Brussel 20 mei 1981, *Rev. not. b.* 1982, 208; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 62; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Rb. Dendermonde 6 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1994, 213; Luik 14 december 1993, *Rev. dr. étr.* 1994, 34; Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1994, 75; Rb. Brussel 11 december 1990, *J.T.* 1990, 412; Rb. Luik 17 november 1987 en 19 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 350; Rb. Bergen 21 februari 1986, *J.T.* 1987, 370; Rb. Gent 18 april 1983, *T. Vreemd.* 1983, 165; J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 40.

<sup>376</sup> O.m. Rb. Mechelen 4 oktober 2001, A.R. nr. 01/555/A, *onuitg.* (ondanks aanname van dwang evenwel slechts nietigverklaring op grond van schijnhuwelijk).

meerdere rechtsstelsels. Bovendien is een zakelijk huwelijk ook vaak ingegeven door financiële oogmerken. Kan de manier waarop het geld wordt verdeeld, m.n. al dan niet reeds bij de huwelijksluiting en al dan niet onmiddellijk in individuele eigendomsoverdracht<sup>377</sup> bepalend zijn voor de beoordeling van het geoorloofde karakter? Indien ja, wordt dit oordeel dan mogelijk niet gekleurd door culturele opvattingen?

**288.** Dat de partners elkaar nauwelijks kennen, kan o.i. evenmin doorslaggevend zijn. Ook bij zakelijke of verstandshuwelijken kiest men soms voor een levensgemeenschap zonder de tijd genomen te hebben om elkaar echt te leren kennen.

**289.** Tevens past het hier te verwijzen naar de voorgaande bespreking van de vroegere rechtsfiguur van de akte van eerbied. Ook in onze streken werden meerderjarigen tot 1983 onderworpen aan ouderlijke inmenging in het huwelijk. Lichte dwang kwam daarbij soms voor, zij het in negatieve zin, m.n. dwang om het huwelijk met een bepaalde persoon uit te stellen. De afschaffing van deze rechtsfiguur liep niet toevallig samen met de afname van het belang van eigendoms- en erfrechtelijke controle binnen de familie. Het is begrijpelijk dat deze inmenging blijft voortbestaan in samenlevingen waar de familie wél nog steeds de voornaamste socialezekerheidsstructuur is.

**290.** Vooral in rechtsstelsels waar de vader huwelijksvoogd is, is dwang moeilijk op te sporen (omwille van de sociale druk) en te bewijzen<sup>378</sup>. Dit probleem blijft voortbestaan zolang niet met voldoende garanties voor de vrije wil van de bruid wordt bepaald op welke wijze de huwelijksvoogd zijn mandaat tot huwelijks toestemming krijgt.

**291.** Bovendien dwingt bepaalde wetgeving de rechtsonderhorigen soms indirect om een huwelijk aan te gaan<sup>379</sup>. In de zaak-Kroon oordeelde het Hof dat het strijdig is met art. 8 E.V.R.M. om personen slechts via het huwelijksinstituut de mogelijkheid te bieden om hun kind een volledige afstammingsband te verlenen.

**292.** Ook van het gezinsherenigingsrecht van meerdere landen en de techniek van de afhankelijke verblijfstitel werd reeds meermaals gesuggereerd dat ze vrouwen op indirecte wijze in hun huwelijksvrijheid beperken<sup>380</sup>. Tijdens de

<sup>377</sup> Of indirect en in gemeenschappelijk vermogen d.m.v. het gemeenrechtelijke huwelijksvermogensrecht of een huwelijkscontract, of uitgesteld via het erfrecht.

<sup>378</sup> Rb. Bergen 23 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 403, noot M. TAVERNE. Hierover o.m. M.-CL. FOLETS, "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie)", *Rev. dr. étr.* 1994, 129.

<sup>379</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Kroon, 27 oktober 1994, *Serie A*, nr. 297-C, par. 42; C. FORDER, "Artikel 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notedop", *N.J.C.M.* 1994, 915.

<sup>380</sup> M.R. VAN DER LINDE en S. VAN WALSUM, "De problematiek van zwarte en migrantenvrouwen", in A.W. HERINGA, J. HES, en L. LIJNZAAD (eds), *Het vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1994, 285.

voorbereiding van het Vrouwenverdrag heeft de Belgische delegatie overigens voorgesteld om in het licht daarvan een bepaling in het verdrag op te nemen die het recht zou verwoorden van vrouwen om niet te hoeven huwen. Dergelijke bepaling kan evenwel niets veranderen aan de financiële afhankelijkheid die vrouwen vaak tot een huwelijk 'veroordeelt'.

**293.** Uit getuigenissen van meerdere praktijkjuristen blijkt dat gearrangeerde huwelijken niet snel worden gekwalificeerd als schijnhuwelijken als er geen sprake is van dwang. De Dienst Vreemdelingenzaken en de burgerlijke stand zouden integendeel bij een huwelijk waar de ouders zijn tussengekomen, vaak uitgaan van het vermoeden dat er geen sprake is van veinzing<sup>381</sup>.

Het spreekt voor zich dat oprechte gearrangeerde huwelijken recht geven op gezinshereniging. Het Nederlandse Haagse Hof heeft dit beginsel in 1982 expliciet erkend t.a.v. een Hindoestaan die zijn huwelijk was aangegaan tijdens illegaal verblijf<sup>382</sup>. Na een maand samenwoning en instemming van de familie, werd het huwelijk in Nederland gesloten en gevolgd door een Hindoestaans religieus huwelijk. Het Hof verleende het uitwijzingsbevel schorsende werking met het oog op de behandeling van een verzoek tot herziening.

**294. I.P.R.-rechtspraak.** Gezien de cumulatieve aanknopingspunt wordt steeds verwezen naar de nationale wet<sup>383</sup>. Als dat recht de huwelijkstoestemming

<sup>381</sup> J. VERHELLEN, in M.C. FOLETS (ed.) (1998), 191.

<sup>382</sup> Hof 's gravenhage 4 maart 1982, RV 1982, 22.

<sup>383</sup> Brussel 17 oktober 1995, A.J.T. 1995-96, 291, noot K. LAMBEIN en W. WAUTERS; Bergen 7 februari 1995, *Journ. dr. jeun.* 1995, afl. 150, 471; Rb. Bergen 23 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 403, noot M. TAVERNE. Zie ook uitdrukkelijk m.b.t. de toestemming: Verdrag van 15 juli 1991 tussen België en Marokko betreffende de toepasselijke wet op de erkenning van huwelijken en hun ontbinding (nog niet in werking). Ook de andere toestemmingsgebreken worden in beginsel beoordeeld in toepassing van de nationale wet van betrokkene: bv. m.b.t. schijnhuwelijken: o.m. Cass. 23 februari 1995, *E.J.* 1995, 72-74, noot J. ROODHOOFT, *R.W.* 1995-96, 363; Cass. 19 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 705, noot P. SENAEEVE; Antwerpen 13 januari 1998, A.J.T. 1998-99, 74; Antwerpen 14 mei 1996, *T. Vreemd.* 1996, 187; Antwerpen 9 januari 1996, *T. Vreemd.* 1996, afl. 1, 71; Brussel 30 maart 1995, A.J.T. 1994-95, 564; Brussel 21 maart 1995, A.J.T. 1994-95, 565, *E.J.* 1995, 98, noot; Brussel 9 maart 1995, A.J.T. 1994-95, 566; Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 599, noot M. LIENARD-LIGNY; Brussel 24 april 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 363; Brussel 18 oktober 1988, *J.L.M.B.* 1989, 348; Brussel 28 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 56; Brussel 26 maart 1985, A.R. 2709/83, *onuitg., aangeh.* in G. VAN HECKE en F. RIGAUX, *l.c.*, 158. Voor lagere rechtspraak: o.m. J. ERAUW e.a., o.c. (1993), 536 en (1998) 1400; G. FRANSSENS en M.-C. FOLETS, "L'établissement et la validité du lien conjugal entre époux d'une même nationalité étrangère ou de nationalité différente. Les grandes principes et leur application en droit international privé belge, illustrés au moyen de la jurisprudence", *Rev. dr. étr.* 1997-98, 718; S. SAROLEA, "Chronique de jurisprudence. Les conflits de loi relatifs à la personne et aux relations familiales", *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 27; W. WAUTERS en K. WAUTERS-LAMBEIN, "De geldigheid van het huwelijk in het IPR. Het arrest van het Hof van cassatie van 23 februari 1995", *Arr. Cass.* 1995, 229; J. ERAUW (1985), 154; J. MEEUSEN (1997), 133; RIGAUX en M. FALLON, 320-321.

*Contra:* rechtspraak, *aangeh.* door K. LENAERTS (1986), 1870-71.

We komen hier niet op terug, evenmin als op de toepassing van renvoi in dit verband (o.m. m.b.t. schijnhuwelijken: Brussel 18 oktober 1988, *J.L.M.B.* 1989, 348; Rb. Bergen 21 februari 1986, *J.T.* 1987, 370), de negering van de I.P.R.-verwijzingsregel (m.b.t. schijnhuwelijken: o.m. Bergen 7 februari 1995, *Journ. dr. jeun.* 1995, afl. 150, 471; Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 574; Luik 13



expliciet als geldigheidsvereiste voor het huwelijk vooropstelt, wordt het huwelijk in geval van schending in toepassing van deze wet vernietigd<sup>384</sup>. De internationale beslissingsharmonie wordt hierdoor gediend. Een vernietiging in toepassing van de nationale wet verdient daarom de voorkeur boven de exceptie van openbare orde. Als de toepasselijke buitenlandse wet het huwelijk niet nietigverklaart op grond van dwang of als er onduidelijkheid bestaat over de teneur van deze wet, wordt na een beroep op de BIPOO-exceptie verwezen naar de *lex fori*<sup>385</sup>.

**295.** In Nederland blijkt de exceptie van openbare orde daarentegen niet onvoorwaardelijk te spelen tegen gedwongen huwelijken. De rechter gaat secuur na of de band met de Nederlandse rechtsorde voldoende sterk is om de exceptie in te roepen. Daarmee wekt hij, o.i. ten onrechte, de indruk dat het verbod van huwelijksdwang op zich niet voldoende doorslaggevend zou zijn om systematisch te gelden.

De echtgenoot te goeder trouw kan het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend<sup>386</sup>.

**296.** Het Antwerpse Hof bevestigde in 2002 de nietigverklaring door de Mechelse rechtbank van een huwelijk dat onder dwang was aangegaan, "overwegende dat uit de voorgelegde stukken inderdaad blijkt dat geïntimeerde onder ernstige (minstens morele) en aanhoudende dwang vanwege haar familie in Turkije in het huwelijk is getreden met appellant"<sup>387</sup>. De kwalificatie als dwang werd *in casu* gesteund op de vaststelling dat de vrouw kort vóór haar huwelijk nog een stabiele relatie had onderhouden met een derde en op de vaststelling dat haar school reeds vóór de huwelijksluiting aan de politie had gesignaleerd dat er problemen waren en dat er sprake was van een 'gearrangeerd huwelijk'. In het politieverlag dat n.a.v. deze signalisatie was opgesteld, stond tevens vermeld dat de

---

december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 45; Brussel 20 mei 1981, *Rev. Not. B.* 1982, 208), de verwijzing naar de Belgische wet na vaststelling dat wetsontduiking heeft plaatsgevonden (bij schijnhuwelijken de ontduiking van de verblijfswet: Antwerpen 1996/AR/3309, 20 mei 1997, *onuitg.*; Luik 6 december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 43; Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 602, noot M. LIENARD-LIGNY; Luik 26 april 1993, *J.T.* 1994, 536; Brussel 24 april 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 363; Brussel 28 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 56, noot A.K.; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), nr. 977. Zie evenwel: S. SAROLEA, "Le mariage simulé en droit international privé", *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 11, die erop wijst dat het verkeerd is wetsontduiking in te roepen in de context van een schijnhuwelijk. Er wordt nl. geen Belgische wet ontvlucht via een kunstmatige situering van het private geschil (zie Cass. 28 juni 1979, *J.T.* 1979, 625). De bevoegde, buitenlandse wet wordt toegepast op een verkeerde manier) of als politiewet (Rb. Bergen 23 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 403; Rb. Luik 13 januari 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1986, 25; Brussel 28 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 56; Rb. Brussel 20 februari 1985, *J.T.* 1985, 826). De studie van de I.P.R.-verwijzingstechniek als dusdanig en de correctie- en ontsnapingsmechanismen is reeds het voorwerp geweest van veelvuldig onderzoek: zie deel 2B, randnrs 39-56.

<sup>384</sup> Brussel 17 oktober 1995, *A.J.T.* 1995-96, 291, noot K. LAMBEIN en W. WAUTERS.

<sup>385</sup> Bergen 7 februari 1995, *Journ. dr. jeun.* 1995, afl. 150, 471.

<sup>386</sup> Rb. Charleroi 30 april 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1029.

<sup>387</sup> Antwerpen 6 maart 2002, *A.R.* 2000/AR/2313, *onuitg.*, ter bevestiging van Rb. Mechelen 20 april 2000, nr. 00/512/A, *onuitg.*

echtgenote onder druk werd gezet door haar familie. Ook heeft de vrouw na de huwelijksvoltrekking gepoogd stappen te ondernemen tegen de verstrekking van een visum aan haar echtgenoot. A.h.v. een medisch attest heeft ze tevens aangetoond dat ze zich steeds heeft verzet tegen een geslachtelijke voltrekking van het huwelijk.

**297.**Een nietigverklaring door het Hof van Bergen in 1995 is eveneens gesteund op politieverslagen die dateren van kort na de huwelijksluiting<sup>388</sup>. Na twee maanden huwelijk had de vrouw bij de politie aangifte gedaan van slagen en verwondingen en bedreigingen door haar vader, getuigd van huwelijksdwang en gemeld dat haar vader haar identiteitskaart bij zich hield. Later is ze bij de politie gaan melden dat ze zou onderduiken bij een vriendin. De vader heeft achteraf bekend dat hij de deur bij die vriendin heeft geforceerd en zijn dochter er hardhandig heeft weggehaald. Ook al gaf hij toe dat hij zijn dochter te goeder trouw had uitgehuwelijkt naar de geplogenheden van het islamitische recht, hij ontkende dat hij haar tot het huwelijk gedwongen zou hebben om de man aan een verblijfstitel te helpen. De echtgenoot zelf heeft evenwel bekend dat het huwelijk gearrangeerd was tussen hun ouders, tegen betaling van een som geld. De jongste zus en buurman van de vrouw bevestigden het verhaal. Er had overigens geen traditionele huwelijksviering noch een geslachtelijke voltrekking van het huwelijk plaatsgevonden.

**298.**Beide uitspraken tot nietigverklaring op grond van dwang hadden betrekking op ingeburgerde meisjes van wie de ouders nog in een traditionele structuur leefden<sup>389</sup>. Vermoedelijk overschrijden ingeburgerde vreemdelingen de drempel naar het gerecht gemakkelijker dan nieuwe migranten. Hun inburgering kan daarentegen evengoed de bedenking doen rijzen dat de meisjes zich inmiddels beter kunnen wapenen tegen familiale dwang. Dit argument is reeds meermaals gehanteerd om een vordering van gediplomeerde migrantenmeisjes af te wijzen en te oordelen dat de nietigheidsprocedure was afgewend met de doelstelling om bij latere spijt over een aanvankelijk oprecht huwelijk zowel sneller een eind te kunnen stellen aan de ongewenste situatie, als hun eer te kunnen redden<sup>390</sup>.

**299.**De Antwerpse vrederechter weigerde in 1997 dwang ten aanzien van een jongen aan te nemen die naar Marokkaans recht was gehuwd, maar er niet in slaagde zijn vordering te staven<sup>391</sup>. De jongen had bekend bereid te zijn geweest om te huwen onder de voorwaarde dat de huwelijksluiting in België zou plaatsvinden en er een groot feest op zou volgen. O.i. heeft hij zijn

<sup>388</sup> Bergen 7 februari 1995, *J. dr. jeun.* 1995, 471.

<sup>389</sup> Dit is ook de conclusie van C. J. FORDER, "In het gezinsleven: different but equal", in A.W. HERINGA, J. HES, en L. LIJNZAAD (eds), o.c., 240; L. MULDER, "Lang leve de culturele verscheidenheid?", *N.J.C.M.* 1994, 898-900; P. FRANCE, "La pratique judiciaire à Bruxelles en matière de mariages simulés", in J.P. MASSON, P. DE PAGE en G. HIERNAUX, *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation*, Gent, Story-Scientia, 1997, 228.

<sup>390</sup> In deze zin: Brussel 21 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 565. Ook Brussel 2000 of 2001 Senaeve

§.

<sup>391</sup> Vred. Antwerpen 9 oktober 1997, *R.W.* 1997-98, 1395, noot J. VERHELLEN.

geloofwaardigheid tevens in het gedrang gebracht door gelijktijdig een vordering tot nietigverklaring in te stellen op grond van dwaling, m.n. de opvatting dat zijn handeling slechts tot een verloving aanleiding had gegeven.

**300.**De beoordeling van huwelijksdwang steunt over het algemeen louter op getuigenissen. Een goede inschatting van de betrouwbaarheid van de getuigen is daarom van wezenlijk belang. In een aantal uitspraken heeft de rechter daarom gesteld dat louter eigen verklaringen inzake dwang, die slechts aangevuld worden met een eenzijdige verklaring van de ouders, geen voldoende bewijs opleveren<sup>392</sup>. Meer onafhankelijke getuigen kunnen bijvoorbeeld de burens zijn.

**301.**De Nederlandse Hoge Raad heeft zich reeds meermaals moeten uitspreken over een vordering tot nietigverklaring op grond van dwang. Een uitspraak uit 1998 draagt onze aandacht weg. Het Hof besloot daarbij tot onvoldoende bewijs van huwelijksdwang bij een huwelijkssluiting in Pakistan tussen een Pakistaanse met verblijf in Nederland en een Pakistaan met verblijf in Pakistan<sup>393</sup>. De vrouw had op twintigjarige leeftijd in Amsterdam een huwelijkscontract ondertekend, dat vervolgens in Pakistan was ondertekend door de man, waarop het huwelijk met een huwelijkscertificaat was geformaliseerd. Een half jaar later verzocht de vrouw om nietigverklaring omdat ze onder druk zou zijn gezet door haar vader die gedreigd zou hebben om haar naar Pakistan te sturen en uit te huwelijken als ze niet zou toestemmen. De Hoge Raad sloot zich aan bij enkele vermoedens van het tegendeel. Hij oordeelde 'kennelijk terecht (te) kunnen besluiten dat de vrouw niet aan een onaanvaardbare, onrechtmatige druk blootstond om het huwelijk te sluiten'. Daartoe haalde hij het feit aan dat ze enige tijd na de huwelijkssluiting reeds naar een blijf-van-mijn-lijf-huis was toegestapt, dat ze reeds vanaf zesjarige leeftijd in Nederland woonde en er een HBO-opleiding volgde. Deze elementen wezen volgens de Raad uit dat de vrouw voldoende in staat was om weerstand te bieden aan familiale druk. De rechter in eerste aanleg had daarentegen geen rekening gehouden met deze feiten. Integendeel, ze bleken voor hem niet eens te volstaan om een voldoende band met de Nederlandse rechtssfeer aan te nemen en Nederlands recht toe te passen.

**302.**We sluiten ons aan bij de commentaar van V. VAN DEN EECKHOUT dat met dergelijke evaluatie nooit tot een gedwongen huwelijk besloten kan worden als de aangifte uitgaat van het slachtoffer zelf.

**303.**Uit het arrest blijkt tevens dat bepaalde vormen van culturele dwang niet meer worden aangenomen als er reeds sprake is van enige integratie in hoofde van de vorderende partij. VAN DEN EECKHOUT merkt evenwel terecht op dat de vrees van de vrouw om naar Pakistan teruggestuurd te worden net versterkt

<sup>392</sup> Rb. Antwerpen 10 oktober 2001, A.R. 99/5559/A, *onuitg.* Zie evenwel volgende uitspraken waarbij genoegzaam werd genomen met de getuigenis van nauw betrokkenen: Rb. Mechelen 24 januari 2002, A.R. nr. 0/1288/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 19 april 2001, A.R. 00/920/A, *onuitg.*; Antwerpen 7 februari 2001, 2000/AR/94, *onuitg.*

<sup>393</sup> Hoge Raad 16 oktober 1998, *Nemesis Rechtspraak* (Ndl.), 2000, nr. 1, Rechtspraak, 10, noot V. VAN DEN EECKHOUT.

kan zijn door haar opleiding en vertrouwdheid met Nederland. De vlucht van het meisje uit het ouderlijke huis kon overigens duidelijk in verband worden gebracht met de huwelijkssituatie. Ze vond plaats op het ogenblik dat de man zijn visum ontving en daardoor op elk ogenblik Nederland zou kunnen binnenkomen.

**304.** Ook voorheen reeds was door het Hof van 's Hertogenbosch<sup>394</sup> geoordeeld dat een geïntegreerde vrouw die geen banden meer had met Marokko het Marokkaanse verbod van huwelijksdwang niet langer kon invoeren. Haar vordering, *in casu* tot echtscheiding, was aanvankelijk toegewezen. Het vonnis werd door het Hof omgezet in een echtscheiding naar Nederlands recht. Wij menen daarentegen dat integratie niet noodzakelijk betekent dat de betrokkene zich heeft losgekoppeld van elke mogelijke culturele dwang. Het Hof van Den Haag kwalificeerde het huwelijk van een nieuwe migrant dan weer niet als gedwongen, maar als een gearrangeerd huwelijk met geldige toestemming<sup>395</sup>. De rechter heeft daarbij de religieuze huwelijksluiting aangenomen als extra aanwijzing van de realiteit van het huwelijk.

**305.** Het I.P.R. eerbiedigt het gelijkheidsbeginsel o.i. het meest indien vage normen die een gevalsgebonden beoordeling toelaten, zoals het belang van het kind, de grove belediging, dwang e.a., een invulling krijgen waarbij effectief rekening wordt gehouden met het concrete geval, de culturele achtergrond en de mate van integratie. Hiertoe suggereren we dat gebruik zou worden gemaakt van het geobjectiveerde criterium van de gestabiliseerde verblijfssituatie<sup>396</sup>.

**306.** Dit belet niet dat elk bewijs van dwang tot een nietigverklaring aanleiding moet geven. Bij de invulling van het begrip kan de culturele achtergrond voor nuances zorgen. Is eenmaal dwang vastgesteld, dan moet het huwelijk evenwel steeds nietigverklaard worden, desnoods in toepassing van de *lex fori*, ongeacht hoe sterk de band is met de rechtsorde van het *forum*.

**307.** In 1991 heeft de Arnhemse rechtbank daarentegen geweigerd om een huwelijk nietig te verklaren op grond van dwang, met als motivering dat de rechtsverhouding kennelijk onvoldoende verbonden was met de Nederlandse rechtsorde om de Nederlandse exceptie van openbare orde te kunnen

<sup>394</sup> 's Hertogenbosch 16 juli 1993, *NIPR* 1993, nr. 412.

<sup>395</sup> Den Haag 4 maart 1982, *R.V. (Ndl.)* 1982, 22.

<sup>396</sup> In dezelfde zin voorstander van een aangepaste beoordeling, rekening houdend met o.m. de evolutie die een vreemde cultuur in migratiecontext heeft doorgemaakt: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-I.P.R.*, Den Haag, Kluwer, 1985, 16; S. RUTTEN, *Muslims in de Nederlandse rechtspraak*, Kamper, Kok, 1988; F. STRIJBOSCH, "Het concept pluralisme in de rechtsantropologie", in N. HULS en H. STOUT (eds), *Recht in een multiculturele samenleving*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1993, 78. Ter illustratie dat hiermee nog niet systematisch rekening wordt gehouden: M. TOUSSAINT en H. WOUTERS, "La répudiation faite au Maroc, en l'absence de l'épouse, injure grave au sens de la loi belge", *J.P.* 1985, 28-31, en aangehaalde rechtspraak waarbij steeds grove belediging werd aangenomen, onafhankelijk van de vraag of de betrokken vrouwen al dan niet reeds een sterke band hadden ontwikkeld met de Belgische rechtsorde. Wél in die zin: Vred. Lokeren 23 augustus 1988, *T. Vreemd.* 1989, afl. 51, 27; J. DE CEUSTER, "I.P.R. - Echtscheiding en scheiding van tafel en bed", in *Comm. Pers.* (1987).

inschakelen<sup>397</sup>. Een arts had nochtans mishandeling door de vader bewezen en de politie had getuigd dat ze de vrouw hadden bevrijd uit de ouderlijke woonst, nadat ze er was opgesloten door haar vader als reactie op haar weigering om te huwen. Deze uitspraak is terecht het voorwerp geweest van scherpe kritiek. Een navolging ervan impliceert immers dat nietigverklaringen op grond van gedwongen huwelijk niet langer mogelijk zouden zijn. Is de vrouw op het ogenblik van de huwelijksluiting geïntegreerd, dan wordt dwang immers niet aangenomen omdat ze verondersteld wordt voldoende assertief te zijn. Is ze nog niet geïntegreerd, dan kan de exceptie van openbare orde niet spelen.

**308.** Tot slot hebben we bedenkingen bij de praktische haalbaarheid van de regel naar zowel Belgisch als Nederlands<sup>398</sup> recht dat de nietigheid gedekt wordt zodra de samenwoning voortgezet gedurende meer dan zes maanden nadat de betrokkene zijn vrijheid herwonnen heeft. Op welke manier wordt het ogenblik van dat herwinnen bepaald? Vanaf welk ogenblik kan worden verwacht dat het slachtoffer voldoende bevrijd is van angstgevoelens om de dwang te rapporteren? Een half jaar wachten na de huwelijksluiting kan alvast niet algemeen worden beschouwd als 'toestemmen met het huwelijk', maar hoogstens als 'berusten'. Ook al zullen we verderop een veralgemening van de dekkingsregel bepleiten, zijn toepasbaarheid bij huwelijksdwang moet gerelativeerd worden.

**309.** In enkele internrechtelijke conflicten<sup>399</sup>, evenals in een gemengd conflict waarbij de toestemming van de Belgische partner werd onderzocht<sup>400</sup>, oordeelde de Belgische rechter dat een "herhaaldelijk aandringen van de echtgenoot en de ouders op het huwelijk geen dwang op zich vormt". Zo werd, rekening houdend met haar "westerse" opvoeding, geoordeeld dat een Belgische vrouw die haar Marokkaanse vriend naar Marokko volgde om daar te huwen, geen afwezigheid van toestemming kon aantonen door het enkele feit dat een huwelijksvoogd was opgetreden en dat ze zelf geen uitdrukkelijke toestemming tot het huwelijk had gegeven<sup>401</sup>. Het is evenwel niet gezegd dat de Belgische rechter in een conflict dat haast uitsluitend raakpunten heeft met buitenlands recht ongenueanceerd op dezelfde wijze zou oordelen. Geval per geval wordt onderzocht hoe dwingend de dwang is of lijkt te zijn, rekening houdend met de interne (eigen beleving en familiesfeer) en externe (cultuur- en rechtselementen) omstandigheden.

**310.** Het bewijs van dwang is niet steeds gemakkelijk te leveren. Het Hof van Bergen oordeelde bv. dat een schriftelijke verklaring, bv. een politieverklaring die dateert van minder dan twee maanden na de huwelijksluiting en die melding maakt van de beweerdde dwang, van het feit dat de identiteitskaart door de vader was afgenomen en van het feit dat de vrouw na een vluchtpoging door de vader

<sup>397</sup> Rb. Arnhem 6 juni 1991, *N.I.P.R.* 1991, nr. 330.

<sup>398</sup> Art. 71, derde lid N.B.W.

<sup>399</sup> Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2915; Rb. Brussel 3 november 1956, *Pas.* 1957, III, 105.

<sup>400</sup> Rb. Brussel 18 december 1990, *J.T.* 1991, 242.

<sup>401</sup> Rb. Brussel 18 december 1990, *J.T.* 1991, 242.

was gedwongen om naar huis terug te keren, niet volstaat en moet worden aangevuld met getuigenverklaringen, of zelfs een bekentenis van de andere partner<sup>402</sup>. Het is evenwel denkbaar dat dergelijke bewijsmiddelen niet aangereikt kunnen worden in de betrokken, vaak protectionistische milieus. De aanwending van een alternatieve nietigheidsgrond, zoals een vernietiging op grond van schijnhuwelijk, biedt in dergelijke gevallen een uitweg.

**311.** Dat kan rechtstreeks gebeuren, in de vorm van een nietigverklaring wegens schijnhuwelijk, of onrechtstreeks, d.m.v. aanname van dwang op grond van elementen die erop wijzen dat de persoon die onder dwang stond na de huwelijksluiting poogt om de vorming van een feitelijke levensgemeenschap te verhinderen.

**312.** Bepaalde rechters aanvaarden dat het bewijs van een gedwongen huwelijk mede wordt geleverd aan de hand van elementen als het ontbreken van een traditionele huwelijksviering, de niet-consumptie van het huwelijk en het ontbreken van samenleving van de partners. Vooral het laatste element blijkt vaak de doorslag te geven. In een *casus* waar de bruidsgift was ontvangen en het huwelijk religieus was gevierd, heeft het Brusselse Hof aangenomen dat niettemin voldoende tekenen van dwang aanwezig waren gezien de jonge leeftijd van het meisje, het feit dat uit de huwelijksakte bleek dat het initiatief tot het huwelijk was uitgegaan van haar ouders, het feit dat het huwelijk niet geslachtelijk was voltrokken en dat er sinds de huwelijksluiting geen samenleving was geweest<sup>403</sup>. In *casu* had de vader tevens verklaard te laat op de hoogte geweest te zijn van het gebrek in de toestemming. Hiermee getuigde hij zelf dat er sprake was geweest van dwang.

**313.** In meerdere uitspraken werd tevens de jonge leeftijd waarop de vrouw haar huwelijk is aangegaan, expliciet aangenomen als aanvullend element<sup>404</sup>.

Er kan evenwel best voorzichtig worden omgegaan met de genoemde 'aanwijzingen'. Deze feitelijke elementen kunnen niet steeds als voldoende doorslaggevend worden beschouwd. Culturele en religieuze tradities kunnen m.n. rechtvaardigen dat de realisatie van een beoogde levensgemeenschap tijdelijk wordt verhinderd, zonder dat de geldigheid van het huwelijk daardoor aangetast wordt<sup>405</sup>. Culturele argumenten kunnen echter evenzeer worden misbruikt<sup>406</sup>. De mate waarin de betrokkenen hun cultuur en tradities beleven, is moeilijk te meten. Een uitblijven van geslachtsomgang kan een religieuze

<sup>402</sup> Bergen 7 februari 1995, *Journ. dr. jeun.* 1995, afl. 150, 471.

<sup>403</sup> Brussel 17 oktober 1995, *A.J.T.* 1995-96, 291, noot K. LAMBEIN en W. WAUTERS.

<sup>404</sup> Brussel 17 oktober 1995, *A.J.T.* 1995-96, 291, noot K. LAMBEIN en W. WAUTERS; Bergen 7 februari 1995, *Journ. dr. jeun.* 1995, afl. 150, 471.

<sup>405</sup> Bv. m.b.t. het uitblijven van geslachtelijke voltrekking van het huwelijk: Rb. Brussel 9 april 1997, *E.J.* 1998, 45, noot V. VAN DEN EECKHOUT; Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60.

<sup>406</sup> Hierover o.m. V. VAN DEN EECKHOUT (1998).

verklaring hebben, maar kan tevens blijk geven van een wilsgebrek bij (één van) de partners.

**314.** Door elementen die door hun subjectieve aard eigenlijk niet kunnen worden losgekoppeld van de concrete, individuele situatie, zonder meer cultureel (en aldus collectief) te duiden, loopt men het risico de realiteit van een wilsverhinderende dwang te versluieren (*cf. infra*).

Culturele elementen zonder meer negeren plaatst de feiten echter eveneens in een verkeerd daglicht.

Roepen de partijen zelf culturele of religieuze argumenten in, dan is het aangewezen dat de rechter ze geval per geval afweegt tegen de situatie. Ze kunnen vooral een sterke rol vervullen als er tegenstrijdigheden uit blijken in hoofde van de inroeper.

Is zoals in de zaak van het Brusselse Hof het huwelijk religieus gevierd en de bruidsgift betaald, dan staat vanuit cultureel oogpunt niets een feitelijke huwelijksgemeenschap de weg. In dat geval kan o.i. eveneens, ook zonder inroeping van een cultureel argument door de partners, mogelijk tot dwang worden besloten. Heeft één van de partners verblijfsrechtelijk voordeel bij het huwelijk, dan is het onderscheid tussen een gedwongen huwelijk en een schijnhuwelijk evenwel soms moeilijk te maken. Het zal niet steeds eenvoudig zijn om n.a.v. de nietigverklaring te beslissen of al dan niet goede trouw kan worden aangenomen in hoofde van de betrokkene en of hem vervolgens al dan niet het voordeel van een putatief huwelijk kan worden verleend, als daaruit zou volgen dat hij recht heeft op voortgezet verblijf.

**315.** Hiermee zijn we gekomen bij een tweede verschijningsvorm van de vage grens tussen schijn en dwang. Bepaalde rechters vernietigen een huwelijk als schijnhuwelijk, bv. op grond van het uitblijven van een religieuze viering<sup>407</sup>, van samenleving of van geslachtelijke voltrekking van het huwelijk, terwijl de motivering van de nietigverklaring eerder in de richting wijst van huwelijksdwang<sup>408</sup>. Uit een navraag blijkt dat zulks zou gebeuren omdat dwang moeilijker valt aan te tonen dan veinzing<sup>409</sup>. Vooral in rechtsstelsels die nog de tussenkomst van de huwelijksvoogd vereisen, is dwang moeilijk op te sporen: sociale druk kan de vrouw ertoe brengen haar persoonlijke beleving van de situatie te onderdrukken. Er zijn ons gevallen gemeld van vrouwen die na meerdere aangiften van aanrandingen, niettemin na verloop van tijd stelden te willen huwen met de betrokken partner. Een ambtenaar van de burgerlijke stand

<sup>407</sup> Rb. Bergen 23 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 403, noot M. TAVERNE.

<sup>408</sup> Rb. Antwerpen 5 januari 2001, A.R. 99/6891/A, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 5 januari 2001, A.R. 00/392/A, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 15 januari 2002, A.R. 01/3027/A, *onuitg.* Zie ook mogelijk het gevolg dat kan worden gegeven aan volgende dagvaardingen door de Hasseltse P.K.: Ref. P.408/1999; Ref. P.421/99, P.151/2001, *onuitg.*

<sup>409</sup> We steunen ons hiervoor op telefonische gesprekken met rechters. Zie ook: Rb. Bergen 23 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 403, noot M. TAVERNE

deelde ons mee dat hij bij dergelijke voorvallen reeds meermaals de huwelijksvoltrekking heeft geweigerd, op grond van schijnhuwelijk, bij gebrek aan bewijs van dwang.

**316.**Dergelijke noodoplossingen zijn o.i. evenwel niet wenselijk vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid: een verdoken binnenbrengen van de notie 'dwang' in de strijd tegen schijnhuwelijken maakt het nog moeilijker om het onderscheid tussen het nietige gedwongen huwelijk en het toegelaten gearrangeerde huwelijk<sup>410</sup> scherp en duidelijk te blijven stellen.

**317.**Een scherp en eenduidig onderscheid tussen de verschillende nietigheidsgronden, schijnhuwelijk, gedwongen huwelijk, bigaam huwelijk of andere, heeft niet alleen een theoretisch, maar tevens een verregaand praktisch belang. Bij een schijnhuwelijk wordt steeds kwade trouw vastgesteld in hoofde van de partner die belang heeft bij een regularisatie van zijn verblijf. Bij een nietigverklaring op andere gronden is het goed denkbaar dat deze partner te goeder trouw was, zoals bijvoorbeeld bij huwelijksdwang uitgaande van een derde, of bij onopzettelijke polygamie<sup>411</sup> of in geval van polygamie in hoofde van een partners die zich van geen kwaad bewust is<sup>412</sup>. In toepassing van art. 201 B.W. kan de burgerlijke rechter het voordeel van putatief huwelijk verlenen aan de echtgenoot te goeder trouw, waardoor de nietigheid ten aanzien van hem of haar slechts *ex nunc* werkt. De Dienst Vreemdelingenzaken houdt naar verluidt rekening met dit type uitspraak als de vreemdeling zich erop beroept<sup>413</sup>. Ook de verblijfsgrond zou met name niet retroactief vervallen, maar slechts vervallen vanaf de dag waarop het vernietigingsvonnis in kracht van gewijsde treedt. Heeft de betrokkene inmiddels een vestigingsvergunning verkregen, dan zal hij o.i. dus voort in België kunnen verblijven. Hij kan immers slechts worden uitgezet bij ernstige inbreuk op de openbare orde. Gezien zijn goede trouw kan bezwaarlijk tot een dergelijk gevaar worden besloten. Daarnaast kan de Dienst Vreemdelingenzaken tevens op grond van humanitaire redenen, zoals het verblijf in België van gemeenschappelijke kinderen, een machtiging verlenen tot verblijf op basis van artikel 9, derde lid Vreemdelingenwet. Ook daarbij zal rekening worden gehouden met de intentie van de betrokkene bij het aangaan van het huwelijk.

**318.***Verdragsrecht en het gedwongen huwelijk.* Het I.V.R.K. verwoordt niet expliciet een verbod van huwelijksdwang<sup>414</sup>. Art. 41 I.V.R.K., dat verwijst naar

---

<sup>410</sup> O.m. Den Haag 4 maart 1982, R.V. 1982, 22: m.b.t. het huwelijk van een illegale Hindoestaanse vreemdeling met een Nederlandse (Surinaams-Hindoestaanse) vrouw.

<sup>411</sup> We denken aan ongewilde polygamie wanneer blijkt dat een vroeger huwelijk niet rechtsgeldig is ontbonden: o.m. Corr. Brussel 12 juni 1953, *Pas.* 1954, III, 60; Antwerpen 20 maart 1991, *T.B.B.R.* 1992, 409, noot M. LIENARD-LIGNY; Brussel 9 mei 1995, *A.J.T.* 1995-96, 149; Brussel van 21 februari 1997, *onuitg.*, besproken in M.A. BEERNAERT, "Droit pénal de la famille. Chronique de jurisprudence 1992-1997", *Divorce* 1998, 100.

<sup>412</sup> Omwille van een weinig nauwe band met de Belgische rechtsorde en een toepassing van het eigen nationale recht bij de huwelijksluiting.

<sup>413</sup> Brief van 25 februari 2002.

<sup>414</sup> M. VAN DER LINDE, "De betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind voor



verdragen en interne rechtsbepalingen die de rechten van het kind beter beschermen, sluit evenwel impliciet aan bij art. 12 E.V.R.M., art. 23 I.V.B.P.R., art. 16 lid 2, 1b Vrouwenverdrag en de Convention on Consent to Marriage, minimum Age for Marriage and Registration of Marriages<sup>415</sup>. We stonden reeds stil bij het indirecte verbod van art. 12 E.V.R.M. en het directe verbod van art. 23 I.V.B.P.R. op huwelijksdwang.

**319.** Art. 1 Verdrag van 10 december 1962 inzake de huwelijks toestemming, de minimumleeftijd waarop een huwelijk mag worden aangegaan en de registratie van huwelijken, met zijn voorwaarde van een vrije en volledige toestemming, en het discriminatieverbod van art. 16 tweede lid Vrouwenverdrag verbieden impliciet dat het internationaal privaatrecht van een Verdragsstaat verwijst naar buitenlands recht dat een gedwongen huwelijk toelaat<sup>416</sup>. Twee aanbevelingen van de CEDAW sporen ertoe aan om op te treden tegen geweld tegen vrouwen, o.m. in het gezin<sup>417</sup>.

**320.** Dwang is tevens een vervolgingsgrond in de zin van het Vluchtelingenverdrag van Genève<sup>418</sup>. In een schorsingsarrest van 7 maart 2002 wees de Raad van State de redenering van de commissaris-generaal voor de vluchtelingen en de staatlozen af dat een gedwongen huwelijk en de verstoting uit de familie bij weigering om het huwelijk aan te gaan, van louter interpersoonlijke aard zijn en derhalve niet ressorteren onder de Geneefse Conventie. De Raad van State nam aan “dat een schending van de mensenrechten een voldoende en rechtstreeks vluchtmotief kan uitmaken; dat niet is vereist dat de mogelijke vervolgingen enkel uitgaan van de overheid van het land van herkomst; dat in de gegeven omstandigheden de commissaris-generaal bezwaarlijk kon beslissen dat de aanvraag “kennelijk” vreemd was aan de criteria van de Conventie van Genève”<sup>419</sup>.

**321.** Op Europees vlak is een Resolutie gestemd “over de noodzaak van een campagne in de hele Europese Unie ter bestrijding van geweld tegen

---

migrantenkinderen”, *Migrantenrecht* 1995, 107.

<sup>415</sup> M. VAN DER LINDE, *I.c.*, 107.

<sup>416</sup> C.J. FORDER, “In het gezinsleven: ‘different but equal’”, in A.W. HERINGA, J. HES, en L. LIJNZAAD (ed.), *I.c.*, 239.

<sup>417</sup> CEDAW, General Recommendation nr. 12 en nr. 19, par. 11.

<sup>418</sup> R.v.St. nr. 104.430 van 7 maart 2002, *T. Vreemd.* 2002, 304. In deze zin ook: *Vr. en Antw.* Kamer 3 augustus 1998, 169 (Vr. nr. 888, DETIENNE); zie ook *elfde jaarverslag CGVS*, werkingsjaar 1998, randnr. 233: in 1998 zijn twee vrouwen op die grond als vluchteling erkend.

<sup>419</sup> R.v.St. 7 maart 2002, nr. 104.430, zaak A.106.229/VII-23.972, <http://www.raadvst.consetat.be>. Zie ook ruimer de stelling van het V.N. Hoog Commisariaat voor de Vluchtelingen dat mensenrechtenschendingen door privépersonen eveneens als vervolging in de zin van het Verdrag moeten worden beschouwd als ze door de overheid worden getolereerd of als de overheid weigert of niet in staat is er effectieve bescherming tegen te bieden. Zie in dezelfde zin: gemeenschappelijk standpunt Raad Europese Unie “inzake de geharmoniseerde toepassing van de definitie van de term ‘vluchteling’”. Zie ook de Europese ontwerp-richtlijn m.b.t. minimumstandaarden voor de kwalificatie als vluchteling, waarbij in art. 12 d voorgesteld wordt om onder ‘maatschappelijke groep’ ook het criterium gender op te nemen.

vrouwen<sup>420</sup>. In dat kader is o.m. de opgeroep gelanceerd om vrouwen die zijn gevlucht wegens mishandeling niet uit te wijzen. De Resolutie verwijst naar het Vrouwenverdrag en naar de VN-Vrouwenconferentie. Onder geweld tegen de vrouw wordt iedere daad van seksegericht geweld verstaan die vrouwen fysieke, seksuele of psychische schade of leed berokkent of kan berokkenen, met inbegrip van het dreigen met dergelijke daden, dwang of tijdelijke vrijheidsberoving.

**322.** *Gevolgen van de nietigverklaring van het huwelijk voor het verblijfsrecht.* Is gezinshereniging toegestaan vóór de ontdekking van de huwelijksdwang, dan kan daar achteraf, na nietigverklaring van het huwelijk, op teruggekomen worden. Het is denkbaar dat een vrouw uit humanitaire overwegingen niettemin wordt gemachtigd tot voortgezet verblijf, als een verwijdering haar grote schade zou berokkenen. We verwijzen terug naar de rechtspraak in het licht van de Conventie van Genève.

Er gaan steeds meer stemmen op om een bijzonder beschermingsstatuut in te stellen voor slachtoffers van gedwongen huwelijken, naar analogie van de bescherming voor slachtoffers van mensenhandel<sup>421</sup>.

**323.** Een volgende vraag is evenwel of een vrouw die haar ouders in België heeft verlaten om te gaan samenwonen in het buitenland met de man met wie ze gedwongen is uitgehuwelijkt, na nietigverklaring van haar huwelijk, of meer nog: na een vlucht naar België en voorlegging van bewijzen van de huwelijksdwang, terug tot het verblijf in België zal worden toegelaten.

We verwezen reeds naar Nederlandse rechtspraak waarbij aan een vreemdeling die een nietig kinderhuwelijk was aangegaan en inmiddels reeds een kind had met zijn partner, het recht werd ontzegd om terug naar Nederland te komen, omdat zijn gezinsleven met zijn ouders inmiddels verbroken zou zijn<sup>422</sup>.

**324.** Een gelijkaardige vraag is reeds enkele keren gerezen bij terugkeer naar de ouders na een gedwongen huwelijk. De Nederlandse rechter oordeelde daarbij meermaals in het belang van de betrokkene. Hij steunde zich daarbij weliswaar op de opvatting dat het kind niet langer deel uitmaakte van het gezin van zijn ouders, maar nam aan dat de betrokkene zelfstandig voor verblijf in aanmerking kwam.

In 1982 liet de Nederlandse Raad van State een vrouw die als kind in het kader van gezinshereniging naar Nederland was gekomen en een Nederlandse opvoeding had genoten, maar op 15-jarige leeftijd was uitgehuwelijkt aan een

---

<sup>420</sup> P.B.L. nr. 304 van 6 oktober 1997, 55.

<sup>421</sup> Zie o.m. "VLD-voorstellen met betrekking tot de aanpak van de gedwongen huwelijken en schijnhuwelijken", *VLD-persmededeling* 23 oktober 2002: "Een apart, al of niet tijdelijk, beschermingsstatuut voor slachtoffers van gedwongen huwelijken, naar analogie van de mensenhandel. Als een gedwongen huwelijk geannuleerd wordt door middel van een rechterlijke uitspraak, moet het betrokken slachtoffer een verblijfsvergunning kunnen bekomen".

<sup>422</sup> O.m. R.v.St. 22 november 1982, G.V. D7-5; R.v.St. 25 april 1985, G.V. D7-7; R.v.St. 6 juli 1982, R.V. 1982, 17 en G.V. D7-6 (alle *aangeh.* in S. RUTTEN, o.c., 163-164).

man in Turkije, opnieuw toe tot het verblijf. Dit was mede te danken aan haar kordate optreden en blijk van zelfstandigheid "welke bepaald is door haar opvoeding in een "westers" land"<sup>423</sup>. Ze was m.n. slechts korte tijd gehuwd geweest. De Raad nam aan dat de vrouw nog in overwegende mate geworteld was in de Nederlandse samenleving en besloot het beleid t.a.v. tweedegeneratievreemdelingen op haar toe te passen. Dat laat slechts een weigering toe als daartoe klemmende redenen zijn<sup>424</sup>, *quod non in casu*.

De Amsterdamse rechtbank oordeelde in 1986 in dezelfde zin in een gelijkaardig geval<sup>425</sup>.

Naar Belgisch recht is dit probleem grotendeels opgelost door de bepaling dat eenieder die in België is geboren en eenieder die de leeftijd van dertig jaar nog niet heeft bereikt en aanvankelijk tot het Rijk is toegelaten op grond van art. 10 Vreemdelingenwet, wordt gemachtigd tot terugkeer, mits ze op het ogenblik van hun vertrek uit België tien jaar regelmatig en ononderbroken in België hebben verbleven<sup>426</sup>.

### \* *Dwaling*

#### - **Beginsel: een beperkte omschrijving van de dwalingsleer**

**325.** De nietigheidsgrond van de dwaling werd vooralsnog zelden in werking gesteld. In beginsel worden naar Belgisch recht slechts dwaling in de fysieke identiteit of in de burgerlijke staat van de persoon aangenomen<sup>427</sup>.

**326.** Dwaling op fysiek vlak werd onder meer reeds aangenomen in geval van impotentie<sup>428</sup>.

**327.** Dwaling inzake de staat van de persoon veronderstelt dwaling omtrent alle

<sup>423</sup> R.v.St. (Ndl.) 7 januari 1982, RV 1982, 26.

<sup>424</sup> Zoals ernstig crimineel gedrag: toenmalige notitie Staatssecretaris Justitie 28 juni 1979 Tweede Kamer der Staten-Generaal inzake het vreemdelingenbeleid ten aanzien van tweedegeneratievreemdelingen.

<sup>425</sup> Pres. Rb. Amsterdam 6 februari 1986, RV 1986, 25. In casu was de vrouw Nederland op zesjarige leeftijd binnengekomen en op 17 jaar uitgehuwelijkt aan een neef die ze nauwelijks kende.

<sup>426</sup> Art. 19 Vreemdelingenwet j° art. 40 Vreemdelingenbesluit, in samenlezing met Omz. 5 februari 1996 betreffende de gevallen waarin en van de voorwaarden waaronder een vreemdeling, wiens afwezigheid uit het Rijk langer dan een jaar duurt, kan gemachtigd worden er terug te keren, B.S. 21 februari 1996.

<sup>427</sup> Art. 180, tweede lid B.W.; Rb. Luik 6 februari 1897, *Pas.* 1897, III, 90 (vernietiging op grond van dwaling wegens onrechtmatige toeëigening van de naam en burgerlijke staat van een ander); Cass. 17 juli 1925, *Pas.* 1925, I, 370; Brussel 16 februari 1938, *Rev. prat. Not.* b. 1940, 205; Rb. Verviers 10 februari 1947, *J.L.* 1946-47, 251; inzake I.P.R.: Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 265 (bevestigd in beroep: Brussel 20 mei 1981, *Rev. not.* b. 1982, 208); zie evenwel: Rb. Brussel 31 maart 1987, *T.B.B.R.* 1988, 324.

<sup>428</sup> Rb. Gent 9 juni 1969, A.R. 66700/45100, *onuitg.*; Rb. Gent 8 juni 1970, *onuitg.*, nr. 205/70, *aangeh.* door H. WILLEKENS, "Art. 180 B.W.", in *Comm. Pers.* (1991), nr. 3.

elementen van de staat<sup>429</sup>. De Brusselse rechtbank heeft verduidelijkt dat loutere dwaling omtrent het verleden van de echtgenoot daar niet onder kan worden begrepen. *In casu* was de vaderlijke afstammingsband van de man weggefallen ten gevolge van de ontdekking dat hij in overspel was verwekt en dat zijn afstamming per vergissing in strijd met de toenmalige regelgeving was vastgesteld.

**328.** Traditioneel gold de opvatting dat de beperkte omschrijving van de notie 'dwaling'<sup>430</sup> niet toelaat om de vernietiging van het huwelijk te vorderen op grond van dwaling omdat men niet op de hoogte was van de geestesgestoordheid van de partner<sup>431</sup>. Ook als het huwelijk in een heldere tussenpoos heeft plaatsgevonden en de gezonde partner niet op de hoogte had kunnen zijn van de geestesziekte, kan ingevolge deze opvatting slechts een toestemmingsgebrek in hoofde van de geestesgestoorde partner worden ingeroepen, en dat slechts door hemzelf<sup>432</sup>. We gaan verder in op de evolutie die zich in dit verband doorzet (randnrs 337 e.v.).

**329.** Ook potentiële polygamie in hoofde van de partner en twijfels betreffende zijn huwelijksintentie kunnen geen aanleiding vormen tot dwaling bij de andere partner. Het Brusselse Hof<sup>433</sup> wees in die zin een vordering tot nietigverklaring wegens dwaling af, die was gesteund op de bewering dat de huwelijkspartner wiens personeel statuut polygamie toelaat, een trouwbelofte had gedaan aan een ander meisje, dat hij had getwijfeld of hij het huwelijk in België of in Gambia zou aangaan en dat hij zich onverschillig had opgesteld tijdens de ceremonie en op

<sup>429</sup> Rb. Brussel 25 mei 1929, *Pand. Pér.* 1929, 213, nr. 119.

<sup>430</sup> Met uitsluiting van substantiële eigenschappen: G. BAETEMAN, o.c. (cursus), 332; H. DE PAGE, o.c., 1991, 535. DE PAGE acht het veiliger om in dat geval de theorie van de 'injure grave' in te roepen: H. DE PAGE, o.c., 537. R. DEKKERS, "En mariage il trompe qui peut", *Ann. Not.* 1958, 8, stelt evenwel terecht dat grove belediging in het kader van een echtscheidingsprocedure inhoudt dat de belediging is ontstaan tijdens het huwelijk. Echtscheiding veronderstelt een niet naleven van de huwelijkse plichten. De hypothese die hier wordt behandeld, betreft een toestand die reeds voor de huwelijksluiting bestond.

<sup>431</sup> Antwerpen 1 februari 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 283: "faute de preuve que les qualités mentales de son conjoint représentent un élément essentiel de sa personnalité". Deze uitspraak wijst wel uit dat er openheid aan het groeien is om persoonlijke eigenschappen in aanmerking te nemen; Rb. Brussel 31 maart 1987, *T.B.B.R.* 1988, 324;

<sup>432</sup> O.m. Rb. Turnhout 6 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 506. Zie ook: aanname dat een geestesgestoorde niet vrij kan toestemmen: E.C.R.M. nr. 13742/88, zaak-de Francesco t. Italië, 12 maart 1990, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 13823/88 van 12 maart 1990, zaak-De Luca t. Italië, *aangeh.* in D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 170 (het verzet van een moeder tegen het huwelijk van haar geestesgestoorde zoon schendt art. 12 E.V.R.M. niet, ook al heeft deze gedurende zes jaren geen huwelijk kunnen aangaan met zijn verloofde.

aanname dat een geestesgestoorde niet vrij kan toestemmen: E.C.R.M. nr. 13742/88, zaak-de Francesco t. Italië, 12 maart 1990, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 13823/88 van 12 maart 1990, zaak-De Luca t. Italië, *aangeh.* in D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 170 (het verzet van een moeder tegen het huwelijk van haar geestesgestoorde zoon schendt art. 12 E.V.R.M. niet, ook al is deze gedurende zes jaren geen huwelijk kunnen aangaan met zijn verloofde.

<sup>433</sup> Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 265, bevestigd in hoger beroep: Brussel 20 mei 1981, *Rev. not. b.* 1982, 208; Rb. Brussel 31 maart 1987, *J.T.* 1988, 194; M. VERWILGHEN, "Un cas de mariage confessionnel contracté par des Belges à l'étranger", *J.T.* 1970, 57.

de avond van het huwelijk. Het feit dat de betrokkenen zeven maanden hadden samengeleefd sterkte de rechter in zijn overtuiging dat de man het huwelijk oprecht was aangegaan. De opbouw van de motivering wijst evenwel uit dat dit laatste overtuigingselement, gesteund op de periode na de huwelijkssluiting, niet van doorslaggevende aard is geweest.

**330.** De Turnhoutse rechtbank heeft in 1997 wél duidelijk te kennen gegeven dat de concrete huwelijksbeleving effectief een rol speelt bij de beoordeling van de huwelijks toestemming<sup>434</sup>. Huwelijkse samenleving kan een tegenindicatie vormen voor een vermoeden van kwaadwillig bedrog. Op die manier kan een aanvankelijk gebrekkige toestemming worden 'geregulariseerd'.

**331.** Rechtsdwaling vormt evenmin een nietigheidgrond. *Nemo censetur ignorare legem*. Men kan zijn huwelijk niet laten nietigverklaren op grond van de bewering dat men zich slechts als verloofd beschouwt<sup>435</sup> of dat men bij huwelijk bij volmacht de draagwijdte niet zou hebben begrepen van de volmacht die men zelf heeft verleend<sup>436</sup>.

**332.** Het *adagium* belet evenwel niet dat aan personen wier huwelijk wordt vernietigd en die kunnen aantonen dat ze te goeder trouw meenden dat het huwelijk geldig was, het voordeel van putatief huwelijk kan worden verleend, ook al bestaat de nietigheidgrond in een overtreding van de eigen personele wet. Het Gretna-Green-arrest, waarbij de betrokken minderjarigen niet wisten dat hun – overigens bewuste – overtreding van het verbod naar hun personele wet om te huwen zonder ouderlijke instemming of vervangende rechterlijke machtiging het huwelijk ongeldig maakte, vormt hiervan een illustratie<sup>437</sup>.

**333.** Bedrog geldt niet als nietigheidgrond<sup>438</sup> en kan evenmin door de andere partner als dwalingsgrond worden ingeroepen<sup>439</sup>. De geldigheid van een huwelijk met een ex-gedetineerde die zijn verleden verzwegen<sup>440</sup>, een huwelijk van een katholiek met een persoon die achteraf niet katholiek blijkt te zijn of een huwelijk met een uit de echt gescheidene die beweerde nog vrijgezel te zijn of die zich voor weduwnaar laat doorgaan<sup>441</sup> komt niet in het gedrang door de

<sup>434</sup> Rb. Turnhout 6 februari 1997, *R.W.* 1997-1998, 506.

<sup>435</sup> Vred. Antwerpen 9 oktober 1997, *R.W.* 1997-1998, 1395, noot J. VERHELLEN.

<sup>436</sup> Brussel 16 maart 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 281, noot M.C. FOLETS.

<sup>437</sup> Cass. 8 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 754.

<sup>438</sup> G. BAETEMAN, o.c. (cursus), 331; H. DE PAGE, o.c., 1991, 534. Zie evenwel in andere zin m.b.t. kwaadwillig bedrog: Rb. Turnhout 6 februari 1997, *R.W.* 1997-1998, 506.

<sup>439</sup> Cass. 17 juli 1925, *Pas.* 1925, I, 370: het bedrog bestond erin dat de vrouw zich voor weduwe had uitgegeven; Rb. Brussel 12 april 1957, *Bull. Avoués* 1958, 19: de vrouw had een steriliserende operatie verzwegen (dit vonnis kan verwonderen aangezien verzwegen werd dat procreatie als doel van het huwelijk onmogelijk was geworden; zie zelfde opmerking: D. STERCKX); H. DE PAGE, o.c., nr. 508, A. LOYSEL, *Inst. Cout. Civ. Titre II*, nr. 3; D. STERCKX, "Le mariage en droit civil", in *Rép. Not., I, Les personnes*, liv. 9, 1992, 84. Frankrijk: B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 1997, 926.

<sup>440</sup> Cass. fr. 11 februari 1861, *D.* 1861, I, 56.

<sup>441</sup> Rb. Brussel 21 maart 1888, *Pas.* 1888, III, 233; vrouw die zich voor weduwe liet doorgaan: Cass. 17 juli 1925, *Pas.* 1925, I, 370.

dwalingsleer<sup>442</sup>.

**334.** Wel wordt bedrog soms aangehaald als bijkomend argument om een huwelijk nietig te verklaren op een andere grond, zoals die van het schijnhuwelijk. Het Gentse Hof van Beroep vernietigde in 2001 een huwelijk dat door een derde met bedrog onder de naam van appellant was aangegaan, op grond van schijnhuwelijk<sup>443</sup>. De rechter besloot uit de afwezigheid van de appellant bij de huwelijksluiting dat deze niet de intentie kon hebben gehad om een levensgemeenschap aan te gaan. Minder eenduidig is het arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen waarin de rechter zijn motivering om te besluiten tot een schijnhuwelijk onder meer steunde op de vaststelling dat de man zijn illegaal verblijfsstatuut verborgen had gehouden voor zijn echtgenote<sup>444</sup>. Wordt het *adagium* “en mariage, trompe qui peut” dan toch niet langer in zijn volle geldingskracht toegepast?

**335.** In een aantal Staten, waaronder Duitsland<sup>445</sup>, Ecuador<sup>446</sup> en de V.S., vormt bedrog wél een nietigheidsgrond. Het risico is evenwel reëel dat daarmee een echtscheiding wordt ontlopen<sup>447</sup>.

Hetzelfde risico doet geleidelijk zijn intrede in onze rechtsorde, enerzijds rechtstreeks doordat bepaalde rechters aannemen dat kwaadwillig bedrog een nietigheidsgrond vormt<sup>448</sup>, anderzijds onrechtstreeks door de opgang van de dwalingsgrond van de essentiële eigenschappen<sup>449</sup>.

<sup>442</sup> Cass. 17 juli 1925, *Pas.* 1925, I, 370; zie ook: H. DE PAGE, o.c., I, nr. 584 C.

<sup>443</sup> Gent 13 februari 2001, A.R. 2001/769, *onuitg.* Zie ook Brussel 21 maart 1995, A.J.T. 1994-95, 565.

<sup>444</sup> Antwerpen 10 oktober 2000, 1999/AR/1926, *onuitg.*, ter bevestiging van Rb. Mechelen 17 juni 1999, A.R. 98/1743/A, *onuitg.*

<sup>445</sup> § 1314 BGB: bedrog m.b.t. o.m. een ongeneeslijke ziekte, impotentie, onvruchtbaarheid, voorhuwelijks prostitutie, een strafrechtelijke veroordeling. Hierover: R. KEMPER, “Commentaar bij § 1306-1308 BGB”, in H. DORNER, I. EBERT e.a. (eds), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 1392.

<sup>446</sup> Art. 96 Ecuadoriaanse familiewet.

<sup>447</sup> Bedrog is een interessante nietigheidsgrond omdat ze zelfs kan worden ingeroepen ingeval het huwelijk tot aan de ontdekking van het bedrog goed verliep: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 86. De nietigheidsgrond bestaat evenmin naar Italiaans recht. Naar Duits recht bestaat ze wel. Naar Amerikaans recht wordt bedrog aanvaard voor zover het betrekking heeft op essentiële elementen, i.e. de seksuele gezondheid, de vruchtbaarheid en andere elementen die het huwelijk praktisch onmogelijk maken, zoals fysieke of psychische gebreken, de intentie om het huwelijk niet geslachtelijk te voltrekken, een verkeerde voorstelling van zijn religieuze opvattingen, en ook de onmogelijke belofte van een onbemiddelde vrouw dat ze haar man een som geld zou lenen om een zaak op te zetten. Het moet vaststaan dat de partij, was er geen bedrog geweest, niet zou zijn gehuwd.

<sup>448</sup> Rb. Turnhout 6 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 506, maakt een onderscheid tussen *dolus bonus* en *dolus malus* en stelt dat deze laatste vorm van bedrog wél aanleiding kan geven tot een nietigverklaring. In casu was het kwaadwillige opzet evenwel niet bewezen.

<sup>449</sup> Meer hierover: cf. *infra*, randnr 336 e.v.

## - Naar een mogelijke uitbreiding tot dwaling omtrent een wezenlijke hoedanigheid

**336.** Bepaalde rechters<sup>450</sup> en auteurs<sup>451</sup> sluiten zich aan bij de bereidheid van o.m.<sup>452</sup> het Duitse, Franse<sup>453</sup>, Italiaanse<sup>454</sup> en Spaanse<sup>455</sup> recht om de dwalingsgronden uit te breiden tot dwaling omtrent een wezenlijke hoedanigheid van de partner, mentale eigenschappen die een essentieel element van de persoonlijkheid vormen. Deze eigenschappen kunnen betrekking hebben op sterke religieuze overtuigingen, seksuele voorkeur, lichamelijke of psychische gebreken. Naar o.m. Duits en Engels recht wordt tevens aangenomen dat onwetendheid omtrent de zwangerschap van zijn echtgenote n.a.v. geslachtsgemeenschap met een andere man een dwalingsgrond kan vormen in hoofde van de echtgenoot<sup>456</sup>.

**337.** Opdat dwaling op dergelijke subjectieve grond zou kunnen worden aangenomen, moeten twee elementen worden aangetoond. In de eerste plaats moet de dwaling hebben *kunnen* bestaan. De eiser moet het bewijs leveren van hetzij remissie (een heldere tussenpoos) ingeval van geestesziekte van de partner, hetzij het frauduleuze optreden van de echtgenoot die zijn ware toestand bij de huwelijksluiting heeft verborgen<sup>457</sup>. Het volstaat evenwel niet dat de eiser

<sup>450</sup> Antwerpen 1 februari 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 283; Rb. Gent 9 juni 1969, A.R. 66700/45100, *onuitg.* en Rb. Gent 8 juni 1970, *onuitg.*, nr. 205/70, *aangeh.* door H. WILLEKENS, "Art. 180 B.W." in *Comm. Pers.* (1991), nr. 3.

<sup>451</sup> O.m. G. BAETEMAN, o.c., 332 m.b.t. impotentie (*contra*: Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2915) of dwaling inzake een enkel element van de burgerlijke staat; P. SENAËVE, *Compendium* (2003), nr. 1545.

<sup>452</sup> Zie ook het Joegoslavische (art. 42-2 familiewet: veroordeling voor ontterende feiten, ontspoorde gewoonten en impotentie), Noorse, Oostenrijkse, Poolse, Turkse (art. 125 familiewet: eigenschappen die zo essentieel zijn dat hun afwezigheid het echtelijk leven onmogelijk maakt) en Zwitserse recht.

<sup>453</sup> Sinds de wet van 11 juli 1975 tot wijziging van art. 180, tweede lid C.C.: "s'il y a erreur dans la personne ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage". Bedrog van de partner is niet langer vereist: Grenoble 3 april 2002, *J.C.P.* 2003, IV, 2.274; TGI Rennes 9 november 1976, *D.* 1977, 539. Zie ook voorheen, zij het steeds met bewijs van bedrog: TGI Mans 18 maart 1965, *D.* 1969, 203 en Cass. 13 oktober 1970, *Bull. Civ.* 1970, I, nr. 257, 211 (dwaling over mentale staat echtgenoot). Hierover o.m. J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*, Brussel, Larcier, 1981, 97; P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 28.

<sup>454</sup> Naar Italiaans recht (familiewet 19 mei 1975) worden daarnaast dwaling over de naam, familie, nationaliteit, ras en vergelijkbare elementen van de staat aanvaard, evenals dwaling omtrent een fysieke en psychische ziekte, seksuele afwijking die de ontwikkeling van het echtelijk leven verhindert een veroordeling voor vrijwillig misdrijf met gevangenisstraf van vijf jaar of professionele delinquentie).

<sup>455</sup> Art. 74 Spaanse C.C.

<sup>456</sup> Britse matrimonial Causes Act 1973 s. 12 (e) en (f); D. COESTER en M. COESTER-WALTJEN (1997), 86 en 91.

<sup>457</sup> Bergen 27 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 263: bedrog vergemakkelijkt het bewijs van de dwaling en vormt overigens een verzwarend element. In casu werd onvoldoende bewezen geacht dat de vrouw niet op de hoogte was van het interneringsverleden van de man en dat die internering een essentieel kenmerk van de man zou vormen. Hoewel de rechter stelde dat wanneer een normaal gezinsleven niet mogelijk is door de ziekte, er dwaling in toestemming

bewijst dat hij niet zou zijn gehuwd als hij niet had gedwaald. Bovendien moet de dwaling objectief voldoende zwaar geweest zijn<sup>458</sup>. Een verschillende religieuze opvatting wordt bv. niet als wezenlijke hoedanigheid aanvaard<sup>459</sup>.

**338.** O.m. Rigaux, Pousson-Petit en Jeegers streven naar een opentrekking van de dwalingsleer tot de situatie van geesteszieken, impotente personen<sup>460</sup> en personen die lijden aan een besmettelijke ziekte<sup>461</sup>. De laatstgenoemde grond steunen ze op de plicht van partners om oprecht te zijn tegenover elkaar<sup>462</sup>.

**339.** Daarnaast bepleiten meerdere auteurs om bedrog als nieuwe nietigheidsgrond aan te nemen<sup>463</sup>.

## - Evaluatie

**340.** Deze evolutie kan enigszins verwonderen. Uit een studie van buitenlandse rechtsstelsels blijkt dat de openheid voor nietigheidsgronden m.b.t. essentiële kenmerken van de persoon, zoals inzake dwaling, de tendens heeft om integendeel af te nemen naarmate de gronden toenemen om een echtscheiding aan te vragen<sup>464</sup>. Nietigverklaring werd voorheen ruim toegelaten bij gebrek aan een alternatief om bij onverenigbaarheid van karakter een eind te stellen aan het huwelijk. Deze evolutie heeft in Zweden overigens reeds geleid tot een volledige afschaffing van de instelling van de nietigverklaring van het huwelijk<sup>465</sup>.

---

moet zijn geweest, achtte hij dit gegeven in casu onvoldoende bewezen, mede omdat het huwelijksbureau de vrouw had meegedeeld dat de man aan het genezen was van een depressie. De vrouw had evenmin bewezen dat de geestestoestand een normaal huwelijksleven in de weg stond. Er was geen bewijs dat ze geen huwelijkstoestemming zou hebben gegeven had ze kennis gehad van de feiten; Rb. Brussel 31 maart 1987, *J.T.* 1988, 194 (dwaling aangenomen in toepassing van Italiaans recht – voor een bespreking: cf. *infra*); Antwerpen 1 februari 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 283 (evenwel: niet als een essentieel element van de persoonlijkheid beoordeeld).

<sup>458</sup> Bergen 27 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 263.

<sup>459</sup> Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 265.

<sup>460</sup> Impotentie en ruimer dwaling op grond van essentiële eigenschappen vormen o.m. reeds een expliciete nietigheidsgrond naar Paraguayaans recht: art. 181 familiewet.

<sup>461</sup> Zoals vandaag voor geslachtsziekten reeds gebeurt naar o.m. Brits recht: *Matrimonial Causes Act* 1973 s. 12 (e) en (f).

<sup>462</sup> C. JEEGERS, *L'engagement matrimonial des époux*, Brussel, Academia/Bruylant, 1984, 225; J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé: étude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce, et de séparation de corps, dans les systèmes européens*, Brussel, Larcier, 1981, 562; F. RIGAUX, "La place de l'aliénation mentale parmi les causes de nullité du mariage", in X., *Album Professor Fernand Van Goethem*, Leuven, 1964, 141; D. STERCKX, "Le mariage", *Rép. Not.*, 87-88.

<sup>463</sup> J. POUSSON-PETIT, o.c., 225; R. DEKKERS, "En mariage il trompe qui peut", *Ann. Not.* 1958, 10, met dien verstande dat dolus bonus onvermijdelijk is: iedereen tracht zich van zijn beste (of meer dan dat) kant te laten zien. Zie ook in Frankrijk: F. BOULANGER (1992), 154. Rb. Turnhout 6 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 506, maakt evenwel een onderscheid tussen dolus bonus en dolus malus en stelt dat deze laatste vorm van bedrog wél aanleiding kan geven tot een nietigverklaring. In casu was het kwaadwillige opzet evenwel niet bewezen.

<sup>464</sup> In die zin o.m. L. PALSSON (1974), 315-316.

<sup>465</sup> Art. 5 § 5 Zweedse Huwelijkswet.



**341.** Toen de echtscheidingsgronden opmars begonnen te maken, leek het gepaster om motieven die moeilijk te objectiveren waren slechts aan de grondslag te laten liggen van een ontbinding *ex nunc* van het huwelijk. Dergelijke evolutie strookt overigens beter met het adagium '*en mariage trompe qui peut*' van Loisel<sup>466</sup>. De scheidingslijn tussen dwaling en bedrog is immers niet gemakkelijk te trekken.

**342.** De evolutie tot verruiming van de dwalingsleer zet zich niettemin door. VAN DEN EECKHOUT ziet er een illustratie in van de toenemende impact die het intern materieel recht heeft op het I.P.R.<sup>467</sup>. Aangezien de impuls in dit verband evenwel onmiskenbaar uitgaat van de invloed van andere rechtsordes op onze rechtspraak, menen wij dat de grond in het interne recht integendeel is uitgebreid n.a.v. rechtsvergelijking die zijn intrede in ons rechtsdenken grotendeels doet via het I.P.R. Daarbij speelt o.i. de invloed van de individualiseringstendens die het familierecht wereldwijd doormaakt.

**343.** De verruiming van onze notie 'dwaling' wordt beïnvloed door o.m. het Italiaanse recht, dat dwaling aanneemt omtrent belangrijke persoonlijke eigenschappen van de partner, waaronder een fysieke of psychische ziekte, steriliteit, een vroegere veroordeling tot een gevangenisstraf van minstens vijf jaar, het zwanger zijn van een andere persoon<sup>468</sup>. De vordering verjaart zodra de samenleving sinds een jaar na de ontdekking is voortgezet<sup>469</sup>. Een Belgische onderdaan die met een geesteszieke Italiaan was gehuwd, heeft in 1987 voor de Brusselse rechtbank met positief gevolg nietigheid op grond van dwaling ingeroepen<sup>470</sup>. De betrokkenen hadden elkaar in een periode van helderheid leren kennen en waren gehuwd nadat de man de vrouw had voorgelogen geïnterneerd te zijn ten gevolge van een passionele moord op zijn vorige echtgenote. Kort na de huwelijksluiting stak het agressieve gedrag dat met zijn geestesziekte gepaard ging terug de kop op. De vrouw kon zich op het Italiaanse recht beroepen dat de echtgenoot toelaat om dwaling omtrent persoonlijke eigenschappen in te roepen. Op deze wijze kan een persoon een nietigheidsgrond putten uit het nationale recht van zijn partner. Dit kan verwonderen aangezien in dit verband normaal gezien een distributieve aanknopng wordt voorgestaan. Het Belgische recht laat nietigverklaring op grond

<sup>466</sup> A. LOISEL en E. DE LAURIERE, *Institutes coutumières: avec des renvois aux ordonnances de nos rois, aux coutumes & aux auteurs qui les ont commentées, ... et avec des notes nouvelles*, Paris, Gosselin, 1710, 373 p.

<sup>467</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1249. Zie ook B. BOUCKAERT, "Verdwaald in de jungle van de wet. Biedt rechtsdwaling een uitkomst?", *T.P.R.* 1993, 1349-1401; T. HENS, "Over het adagium 'nemo censetur ignorare legem' en de zorgvuldigheidsnorm", *R.W.* 1994-95, 10623-1063; P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel van behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997.

<sup>468</sup> Art. 122 C.C.

<sup>469</sup> Hierover: F. BOULANGER (1992), o.c., 152.

<sup>470</sup> Rb. Brussel 31 maart 1987, *J.T.* 1988, 194. Omgekeerd is het moeilijk denkbaar dat de Belgische rechter buitenlands recht zou toepassen dat minder snel dan het Belgische recht tot dwaling zou besluiten, wanneer de vordering wordt ingesteld door een Belg(ische).

van geestesziekte niet toe<sup>471</sup>, “faute de preuve que les qualités mentales de son conjoint représentent un élément essentiel de sa personnalité”<sup>472</sup>.

**344.**In Frankrijk wijzigde de wet van 11 juli 1975 art. 180 C.C. in die zin dat essentiële eigenschappen wettelijk als dwalingsgrond werden bevestigd<sup>473</sup>. Gedacht kan worden aan een gevangenisverleden<sup>474</sup> en impotentie. De nietigheid wordt gedekt onder dezelfde voorwaarden als naar Belgisch recht gelden in geval van wilsgebrek<sup>475</sup>.

**345.**Het Duitse BGB verbindt een nietigheidssanctie aan elke dwalingsgrond indien het voortzetten van het huwelijk er redelijkerwijze onmogelijk door wordt<sup>476</sup>.

**346.**Ook het Zwitserse<sup>477</sup> en het Turkse recht<sup>478</sup> kennen de nietigheidsgrond van de ‘dwaling inzake essentiële eigenschappen’. Art. 42, 2° van het Joegoslavische familiewetboek vermeldt ontorende feiten, perverse gewoonten en impotentie als mogelijke nietigheidsgronden<sup>479</sup>. De Braziliaanse wet houdt rekening met dwaling omtrent eer en reputatie<sup>480</sup>.

**347.**Naar internationaal recht wordt niets bepaald omtrent de dwalingsleer. Zowel de multilaterale als de bilaterale verdragen bewaren het stilzwijgen over de mate waarin een beroep kan worden gedaan op de dwalingsleer en de aanvaardbare dwalingsgronden.

**348.**Wij menen dat de genoemde evolutie de dwalingsleer steeds kwetsbaarder maakt door zijn zwakke afgrensbaarheid. De dwalingsleer lijdt onder normvervaging: het is niet langer duidelijk waarvoor de notie dwaling staat.

Een vage norm biedt weliswaar een oplossingskader in onvoorziene gevallen, denk bv. aan de ruime toepassing van art. 8 E.V.R.M., ook in de materie van de gezinshereniging<sup>481</sup>.

Hij houdt evenwel tevens meerdere nadelen in<sup>482</sup>.

---

<sup>471</sup> I.t.t. o.m. art. 24 Peruviaanse familiewet, ook bij huwelijkssluiting op een lucied moment (overigens ook bij doofstomheid, doof-blindheid, blind-stomheid).

<sup>472</sup> Antwerpen 1 februari 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 283.

<sup>473</sup> Zie reeds eerder: Cass. fr. 24 april 1862, *D.P.*1862, I, 153; B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 1997, 926.

<sup>474</sup> Zie F. BOULANGER (1992), 151.

<sup>475</sup> Art. 181 C.C.

<sup>476</sup> F. BOULANGER (1992), 152 (het Ehegesetz is inmiddels opgeheven; de bepalingen ervan zijn opgenomen in het BGB).

<sup>477</sup> Art. 124, 2° C.C.

<sup>478</sup> Art. 116 C.C.

<sup>479</sup> F. BOULANGER (1992), 152.

<sup>480</sup> Art. 219 C.C.

<sup>481</sup> Zie o.m. T. KOOPMANS, “Lof der onbestemdheid”, *R.M. Themis* (Ndl.) 1991, 209.

<sup>482</sup> Hierover J.M. BARENDRECHT, *Recht als model van rechtvaardigheid – beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsmisbruik*, Kluwer, Deventer, 1992, 66-67 en 71-75.

Een vage rechtsnorm belemmert de rechtszekerheid: hoe vager de norm, hoe moeilijker het is om hem te falsificeren en hoe minder voorspellende kracht hij bijgevolg heeft. De rechter vult de norm in. Op die manier ontsnapt het recht aan het democratische beginsel van de gestemde wet. De vage norm gaat m.a.w. tevens in tegen het beginsel van rechtstatelijkheid.

Ook werkt een vage norm rechtsontwikkeling tegen, aangezien geval per geval geoordeeld wordt en de oefening van zijn concrete invulling steeds moet worden overgedaan. Er wordt geen structuur opgebouwd, die vervolgens nieuwe verfijningen toelaat. Werken met vage normen resulteert m.a.w. in een inefficiënte techniek van conflictoplossing.

Bovendien is de techniek ook inefficiënt op het vlak van de effecten: gezien hun vage karakter hebben de normen een weinig preventief karakter. De burger weet niet precies wat van hem verwacht wordt. Een vage norm is m.a.w. weinig gedragsbeïnvloedend.

Om deze redenen menen we dat de huidige evolutie naar een ruime notie inzake dwaling onwenselijk is.

**349.**Meerdere Oost-Europese landen kennen de nietigheidsgrond van de dwaling, het bedrog en het geweld overigens niet. Wel kan een echtscheiding worden bekomen op deze gronden<sup>483</sup>. Andere Staten, waaronder Zweden, Tsjechië, Slovakije, Hongarije, Polen, Oezbekistan en Kazachstan, verbinden er slechts een *ex nunc* nietigheid aan, die vaak slechts de gevolgen van een echtscheiding heeft. Naar Spaans recht leidt dwaling tot de kwalificatie dat het huwelijk rehtens niet bestaat<sup>484</sup>.

**350.**Hiermee komen we toe aan een tweede belangrijk evaluatiepunt. De wijze waarop wordt omgegaan met een wilsgebrek is bepalend voor de rechtssituatie van de betrokkenen. Wordt het huwelijk geacht onbestaande te zijn, dan kan ook bij goede trouw van één van de partners geen enkele verzachting worden bekomen.

**351.**Een nietigheid *ex nunc* laat dan weer toe dat ook de partner te kwader trouw 'verworven rechten' blijft behouden.

**352.**De nietigverklaring *ex tunc* laat toe dat het voordeel van een putatief huwelijk wordt verleend aan de partner te goeder trouw.

**353.**We menen evenwel dat de uitbreiding van de notie tot de dwaling omtrent essentiële eigenschappen geen goede zaak is. De aflijning tegenover echtscheidingsgronden die geen betrekking hebben op de oorspronkelijke huwelijkstoestemming, is te vaag<sup>485</sup>. Op termijn kunnen absurde toestanden

<sup>483</sup> E. SCHWELB, *l.c.*, 361; J. VAN DE VELDE, *o.c.*, m.b.t. o.m. Albanië, Bosnië-Herzegovina en Oekraïne.

<sup>484</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 86.

<sup>485</sup> Zie bv. de toelating van echtscheiding wegens levenslange dwangarbeid: mogelijk mits het bewijs wordt geleverd van grove belediging: Rb. Mechelen 2 april 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1981,

ontstaan, waarbij bv. overspel als nietigheidsgrond wordt beschouwd, op grond van de stelling dat in hoofde van de betrokkene nooit de intentie heeft bestaan om de getrouwheidsplicht na te leven.

**354.** De groeiende aandacht voor persoonsgebonden elementen laat ons tevens toe om te vermoeden dat religieuze en culturele elementen een steeds grotere rol zullen kunnen spelen om de geldigheid van het huwelijk te beoordelen. We menen dat ook dit geen positieve evolutie is. Ze brengt, zoals we hierboven reeds aangaven, de rechtszekerheid in het gedrang.

### C.3.B. DE GEBREKKIGE TOESTEMMING T.G.V. EEN INTERN WILSGEBREK

#### \* *Gebrek in de toestemming omwille van krankzinnigheid – onbekwaamheid*

**355.** Krankzinnigheid en dementie moeten worden onderscheiden van een mentale of andere handicap. Een mentale handicap volstaat naar intern recht niet om tot huwelijksontbekwaamheid te besluiten<sup>486</sup>. Zo werd een gemotiveerd verzet van een moeder tegen het huwelijk van haar kind opgeheven toen een verhoor van de kandidaat-echtgenoten uitwees dat hun mentale handicap hen niet verhinderde om toe te stemmen in het huwelijk<sup>487</sup>. Een doofstomme is evenmin onbekwaam en kan huwen mits hij op schriftelijke of andere wijze blijk geeft van zijn toestemming<sup>488</sup>.

**356.** Tenzij men gerechtelijk onbekwaam is verklaard, kan men rechtsgeldig huwen en kan slechts een *concreet* gebrek in de toestemming worden ingeroepen als nietigheidsgrond. Het bewijs daarvan kan bovendien slechts door de wilsgebrekkige zelf worden aangereikt<sup>489</sup>.

**357.** Zolang de notie 'dwaling op grond van een essentiële eigenschap' geen algemene doorgang krijgt, staat voor de echtgenoot van een krankzinnige slechts de mogelijkheid open van echtscheiding met onderlinge toestemming of na twee jaar feitelijke scheiding.

---

301. Zie ook voor een terechte weigering van nietigverklaring: Grenoble 7 november 2001, Juris-Data nr. 160546: geen toekenning van een nietigverklaring van het huwelijk op grond van dwaling over de vorige huwelijken van de man, omdat de vrouw niet op overtuigende wijze had aangetoond dat ze niet met hem gehuwd zou zijn als ze er kennis van had gehad. Ze was zelf voorheen gehuwd geweest en had een zoon uit dat huwelijk.

<sup>486</sup> Ook niet onder de nietigheidsgrond van dwaling: Antwerpen 1 februari 1986, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 283: "faute de preuve que les qualités mentales de son conjoint représentent un élément essentiel de sa personnalité". Deze uitspraak wijst wel uit dat er openheid aan het groeien is om persoonlijke eigenschappen in aanmerking te nemen. *Cf. supra*.

<sup>487</sup> Rb. namen 19 september 1990, *J.L.M.B.* 1991, 132, noot S. MELON.

<sup>488</sup> F. RIGAUX, *Les personnes*, I, 1971, nr. 1145; *Rép. Dr. civ. Dalloz*, "Mariage", nr. 19; LOYSEL, *Institutes Coutumières Civiles*, titre II, nr. 3; D. STERCKX, "Le mariage en droit civil", in *Rép. Not., I, Les personnes*, liv. 9, 1992, 83.

<sup>489</sup> Behalve voorafgaandelijk aan het huwelijk, in het kader van een verzetsprocedure: Rb. Brussel 1 december 1967, *Pas.* 1968, III, 139 (in casu werd dementie niet bewezen geacht. N.a.v. het verzoek tot gerechtelijke onbekwaamverklaring werd nader onderzoek bevolen).

**358.** Wél kan vanzelfsprekend een andere nietigheidsgrond, zoals schijnhuwelijk, worden ingeroepen. Deze vordering kan zonder beperking naar termijn en titularissen worden ingesteld. Het Luikse Hof vernietigde in 2000<sup>490</sup> het huwelijk van een zwaar mentaal gehandicapte vrouw. Haar echtgenoot, een vreemdeling, had haar na twee jaar verlaten. Het voordeel van een putatief huwelijk werd hem geweigerd nadat zijn kwade trouw was afgeleid uit o.m. de verplaatsing naar Marokko met het oog op een huwelijkssluiting zonder medeweten van de ouders, en een vroegere verklaring van het meisje dat ze terug bij haar ouders wilde gaan wonen omdat ze teveel druk van de man voelde uitgaan om te huwen.

**359.** Een onbekwaamverklaarde kan zijn huwelijk zonder meer van rechtswege nietigverklaard zien<sup>491</sup>. Er bestaat evenwel discussie over de vraag of zijn huwelijk ook nietig of vernietigbaar is als het is aangegaan op een helder ogenblik. Steeds meer gaan stemmen op om dit mogelijk te maken<sup>492</sup>. O.i. speelt hierbij de groeiende openheid voor een verruiming van de dwalingsleer. Er wordt niet meer louter rekening gehouden met objectieve tekenen en met de vraag of de betrokkene op het ogenblik van zijn toestemming al dan niet beseftte wat hij deed. Tevens wordt gepolst naar het aanvoelen van beide partners. Komt achteraf een ernstig bezwaar aan het oppervlak dat de partners er bij voldoende kennis op het ogenblik van de huwelijkssluiting van zou hebben weerhouden om het huwelijk aan te gaan, dan wordt steeds vaker overwogen om het huwelijk alsnog nietig te verklaren.

**360.** Vandaag wordt de bestaande constructie van de onbekwaamheid alvast dankbaar aangegrepen in afwachting van een verruiming van de dwalingsgronden. "Il est *contraire* à l'intérêt de la société que le fou se marie"<sup>493</sup>.

**361.** Wat het huwelijk van een geesteszieke betreft dat is aangegaan zonder dat hij voorafgaandelijk onbekwaamverklaard was, is de ons bekende rechtspraak verdeeld tussen de opvatting dat het huwelijk absoluut nietig<sup>494</sup> is en de opvatting dat de nietigheid relatief is en slechts kan worden ingeroepen door één van beide echtgenoten<sup>495</sup> of door de geesteszieke alleen<sup>496</sup>. Vooreerst menen we dat het

<sup>490</sup> Luik 16 februari 2000, *Rev. rég. dr.* 2000, 168.

<sup>491</sup> Cass. 21 februari 1895, *Pas.* 1895, I, 109, advies MESDACH TER KIELE. Een nietigverklaring is pas mogelijk wanneer de betrokkene reeds onbekwaam was verklaard voordat het huwelijk werd aangegaan: Rb. Turnhout 16 februari 1987, *T.B.B.R.* 1988, 477.

<sup>492</sup> Rb. Brussel 31 maart 1987, *T.B.B.R.* 1988, 325; C. JEEGERS, *L'engagement matrimonial des époux*, Brussel, Bruylant, 1985, 326; P. SENAËVE, *Compendium* (2003), nr. 701. *Contra*: Rb. Marche-en-Famenne 10 juli 1948, *J.T.* 1950, 409, *R.C.J.B.* 1949, 22, noot R. DEKKERS: het huwelijk is niet vernietigbaar.

<sup>493</sup> H. DE PAGE, o.c., I, 1962, nr. 659; PLANIOL en RIPERT, o.c., II, nr. 97. Zie ook: Rb. Marche-en-Famenne 10 juli 1948, *J.T.* 1950, 409, *R.C.J.B.* 1949, 22, noot R. DEKKERS.

<sup>494</sup> Brussel 31 maart 1970, *J.T.* 1970, 513 (ook alcoholisme is een absolute nietigheidsgrond); Brussel 30 juni 1966, *J.T.* 1966, 587, noot; Brussel 9 juli 1957, *J.T.* 1957, 590, noot M. MAYNE; Rb. Charleroi 9 februari 1977, *Pas.* 1978, III, 9, *Rev. trim. dr. fam.* 1979, 192; Rb. Marche-en-Famenne 10 juli 1948, *J.T.* 1950, 409, *R.C.J.B.* 1949, 22, noot R. DEKKERS.

<sup>495</sup> Gent 2 juni 1902, *Pas.* 1903, II, 8; Rb. Antwerpen 16 maart 1950, *R.W.* 1950-51, 594, advies O.M.; R. DEKKERS, (noot onder Rb. Marche-en-Famenne 10 juli 1948), *R.C.J.B.* 1949, 34.

<sup>496</sup> Luik 9 juni 1949, *J.T.* 1950, 409, noot G. HOORNAERT; Rb. Aarlen 15 oktober 1976, *J.L.*

huwelijk slechts relatief nietig is, al was het maar om de betrokkene toe te laten te bewijzen dat hij zich in een periode van remissie bevond. Zolang hij niet gerechtelijk onbekwaam is verklaard, gaat het recht ervan uit dat hij in staat is om zijn toestemming te uiten. Deze kan weliswaar gebrekkig zijn, maar besluiten tot afwezigheid van toestemming of tot algemene huwelijksontbekwaamheid schendt het recht om te huwen<sup>497</sup>.

**362.** Gevolg van deze kwalificatie is dat de nietigheid wordt gedekt vanaf de zevende maand samenwoning na genezing van de geesteszieke of na het bewijs dat zijn remissieperiode minstens zes maanden heeft geduurd<sup>498</sup>.

**363.** Vervolgens rijst de vraag naar de titularissen van het vorderingsrecht. Art. 180 B.W. is niet duidelijk in zijn bewoordingen waar het stelt: "...kan alleen worden opgekomen door de echtgenoten of door degene van hen wiens toestemming niet vrij geweest is". In 1958 heeft het Hof van Cassatie verduidelijkt dat de vordering slechts toekomt aan de wilsgebrekkige echtgenoot persoonlijk<sup>499</sup>.

**364.** Deze aanname door het Hof van Cassatie verleent o.i. impliciet steun aan ons voorstel om huwelijken die zijn aangegaan in strijd met een instemmingsvereiste eveneens slechts als relatief nietig te kwalificeren, ongeacht wat de toepasselijke buitenlandse wet terzake bepaalt. In dat licht menen we dat ook een overtreding van de vereiste naar islamitisch geïnspireerd recht om te worden vertegenwoordigd door een huwelijksvoogd hoogstens een relatieve nietigheidsgrond vormt. Alle genoemde gronden zijn immers ingegeven door de opvatting dat de betrokkene niet in staat is om zijn wil zelfstandig te uiten. Wijst de tijd uit dat hij vasthoudt aan zijn keuze, dan kan die opvatting o.i. *in casu* worden herzien.

**365.** Geestesziekte vormt een algemeen huwelijksbeletsel naar o.m. Nederlands<sup>500</sup>, Portugees, Zwitsers<sup>501</sup>, Brits, Duits, Oostenrijks, Russisch, Boliviaans en Israëlijs recht. De verklaring hiervoor ligt volgens COESTER en COESTER-WALTJEN<sup>502</sup> hoofdzakelijk in de bekommernis van deze rechtsordes om geen families toe te laten die gedoemd zijn hulp van de overheid nodig te hebben en tevens om overdracht van erfelijke ziekten te voorkomen.

**366.** Naar Belgisch, Frans<sup>503</sup>, Spaans<sup>504</sup> recht en het recht van meerdere Noord-

1976-77, 91.

<sup>497</sup> O.m. Rb. Gent 17 februari 2003, *N.J.W.* 2003, 385; J.H. VAN DIJK en P. VAN HOOFF (1998), 604: een huwelijksverbod omwille van zwakke mentale gezondheid schendt het beginsel van de huwelijksvrijheid.

<sup>498</sup> Art. 181 B.W.

<sup>499</sup> Cass. 28 mei 1958, *Pas.* 1958, I, 1069, *R.C.J.B.* 1959, 6, noot M. GEVERS.

<sup>500</sup> Art. 1:32 N.B.W.

<sup>501</sup> Art. 97 lid 1 en 2 C.C.

<sup>502</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 42.

<sup>503</sup> Is de persoon onbekwaam, dan kan hij pas huwen met instemming van de ouders of familieraad en nadat een dokter is gehoord.

Amerikaanse staten wordt daarentegen slechts het criterium van de vrije toestemming gehanteerd<sup>505</sup>, onafhankelijk van enige eugenetische overweging. Aangenomen wordt dat een redelijk en overwogen oordeel om al dan niet te huwen ook kan worden gemaakt zonder algehele mentale gezondheid.

**367.** Meerdere rechtsstelsels, o.m. die van Tsjechië, Slowakije en Polen, voorzien bij wijze van tussenoplossing expliciet in de mogelijkheid voor de rechtbank om een huwelijk alsnog toe te laten als de gezondheidssituatie verenigbaar is met de sociale doelstellingen van het huwelijk en de persoon niet volledig wettelijk onbekwaam is<sup>506</sup>.

**368.** De aanpak verschilt sterk van rechtsstelsel tot rechtsstelsel. In Scandinavië wordt de persoonlijke vrijheid hoog in het vaandel gedragen, in de andere Staten kijkt men naar de gevolgen en naar de daadwerkelijke bekwaamheid. De ene Staat handelt slechts op formele verklaringen, de andere oordeelt op grond van de feitelijke situatie op het ogenblik van de huwelijksvoltrekking.

### **\* Het voorwaardelijk huwelijk**

**369.** Een voorwaardelijk huwelijk, met bv. als voorwaarde dat het burgerlijk huwelijk zal worden gevolgd door een religieus huwelijk, is niet geldig in zoverre de vervulling van de voorwaarde een noodzakelijke voorwaarde is voor de wil om te huwen<sup>507</sup>. Is die wil er ook nog in het geval dat de voorwaarde uiteindelijk niet wordt vervuld, dan is het huwelijk geldig. De voorwaarde wordt genegeerd. Dabin meent dan ook dat de voorwaarde gewoonweg moet worden geschrapt en dat de toestemming geldig is<sup>508</sup>.

**370.** Dit negeren van de ongeoorloofde voorwaarde ligt in dezelfde lijn als de aanpak van huwelijksvereisten naar buitenlands recht die door dat recht soms als essentieel worden beschouwd, maar naar Belgisch recht gemakshalve als vormvoorwaarde worden 'weggekwalificeerd'. Een huwelijk dat in België tussen

<sup>504</sup> Tot 1981 – de invoering van de echtscheidingsregeling – gold geestesziekte wél nog als expliciet huwelijksbeletsel. De Spaanse C.C. vormt m.a.w. een illustratie van de omgekeerd evenredige verhouding van echtscheidings- en nietigheidsgronden.

<sup>505</sup> Naar Spaans recht kan het bewijs van onechte toestemming overigens slechts worden geleverd door voorlegging van een medische verklaring (art. 56 par. 2 C.C.). Daarbuiten wordt slechts echtscheiding toegestaan.

<sup>506</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 31. Zie ook m.b.t. de toestemming van een doofstomme: D. STERCKX, "Le mariage en droit civil", in *Rép. Not., I, Les personnes, liv. 9*, 1992, 83; de doofstomme kan huwen mits er een schriftelijke of andere blij is van toestemming. Zie ook F. RIGAUX (1971), nr. 1145; *Rép. Dr. civ.* Dalloz, "Mariage", nr. 19; LOYSEL, *Inst. Cout. Civ., II*, nr. 3; R. DEKKERS, *Ann. Not.* 1958, 5.

<sup>507</sup> Een tijdelijk huwelijk is daarentegen onverenigbaar met de doelstelling om een duurzame levensgemeenschap te vormen. De voorwaarde dat het huwelijk na bepaalde tijd zal worden ontbonden, maakt het huwelijk definitief nietig: Cass. fr. 15 mei 1974, *R.C.D.I.P.* 1975, 260, noot M. NISARD; W. MENSKI en P. SHAH, "Cross-cultural conflicts of marriage and divorce involving South Asians in Britain", in F. STRIJBOOSCH en M.-CL. FOBLETS (1999), 167-184; S. ALDEEB en A. BONOMI (1999), 353.

<sup>508</sup> J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 39.

vreemdelingen wordt aangegaan zonder betaling van een bruidsgift is naar Belgisch recht op zich steeds geldig, wat het nationale recht van de betrokkenen ook stelt<sup>509</sup>. Dit neemt niet weg dat het gegeven een aanvullend, feitelijk element kan vormen om te besluiten tot een schijnhuwelijk of tot niet-nakoming van de plicht tot bijstand. Deze en andere buitenlandse huwelijksvereisten worden besproken in hoofdstuk 4 (buitenlandse huwelijksbeletselen die niet gekend zijn naar Belgisch recht).

**\* *De huwelijks toestemming met een andere doelstelling dan het aangaan van een levensgemeenschap: het geldige zakelijke vs. het nietige schijnhuwelijk***<sup>510</sup>

### **- Inleiding op een kritische benadering van de noodzakelijke strijd tegen schijnhuwelijken**

**371.** De strijd tegen schijnhuwelijken vormt sinds jaren een centraal aandachtspunt binnen het vreemdelingenrecht. Het huwelijk vormt nog steeds de eenvoudigste grond tot binnenkomst. Er bestaat dan ook een groot risico op misbruik van het instituut. Dergelijk misbruik dient te worden voorkomen of minstens gesanctioneerd, wil men de migratiestroom in goede banen blijven leiden. Slechts als duidelijke criteria worden gehanteerd die personen te kwader trouw<sup>511</sup> tijdig uitselcteren, blijft de kost van een gewaarborgde bescherming van oprecht gezinsleven draaglijk.

Vanuit deze optiek is het gerechtvaardigd om de strijd aan te gaan tegen schijnhuwelijken. Dit is voor ons een axioma. We staan er niet langer bij stil. Wél gaat onze aandacht hierna uit naar enkele zwakke punten van de wijze waarop de strijd vandaag in de praktijk wordt aangegaan.

We drukken er evenwel op dat de hiernavolgende bedenkingen bij de wijze waarop deze strijd vandaag wordt gevoerd, geen afbreuk doen aan de beginselaanvaarding van de strijd *in se*. De strijd *is* noodzakelijk en kan o.i. op bepaalde punten efficiënter worden gemaakt.

### **- Ongelijke behandeling op het vlak van de waakzaamheid voor schijnhuwelijken**

**372.** *Drie strijdniveaus.* Bepaalde personen gaan een huwelijk aan met volle toestemming, zij het vanuit een doelstelling die niets te maken heeft met de

<sup>509</sup> Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54.

<sup>510</sup> Deze bespreking is een samenvatting van drie publikaties: S. D'HONDT, "Artikel 146bis B.W.", in *Comm. Pers.* (1999); S. D'HONDT, "Over schijn, zaken en schijnbare zaken. De geldigheid van het zakelijke huwelijk herafgewogen tegen de nietigheid van het schijnhuwelijk", *R.W.* 2001-2002, 145-153; S. D'HONDT en M.-CL. FOLETS, "De strijd tegen ontoelaatbare huwelijken: met welke middelen? Rechtspraakoverzicht – twee jaar toepassing van de Wet van 4 mei 1999", *T. Vreemd.* 2002, 115-149.

<sup>511</sup> Hoezeer ook eenieder de begrijpelijke doelstelling heeft om zijn kansen op een gelukkig, welvarend leven te vergroten en de term 'kwade trouw' een wrange bijsmaak krijgt als we denken aan de luxepositie waarin we onszelf bevinden.



grondslagen van het huwelijk, meer nog: die deze uitsluit. Omdat het huwelijk een belangrijke migratie- en inburgeringsgrond vormt, wordt naar Belgisch recht op meerdere niveaus de strijd aangeboden tegen dergelijke schijnhuwelijken. Naast de *burgerrechtelijke* dubbele reactie tegen huwelijken waaraan een wilsgebrek kleeft, d.m.v. de weigering om een schijnhuwelijk te voltrekken en door nietigverklaring van een voltrokken schijnhuwelijk, wordt op *publiekrechtelijk* vlak in het nationaliteitsrecht en in het verblijfsrecht de drijfveer weggenomen om een huwelijk aan te gaan met de loutere doelstelling om recht op verblijf of op grond van de Belgische nationaliteit andere voordelen te verwerven.

**373.** De strijd d.m.v. het nationaliteitsrecht werd in 1993 aangevat met een verstrenging van de voorwaarden waaronder de partner van een Belg de Belgische nationaliteit kan verwerven<sup>512</sup>. Sinds de Wet van 1 maart 2000 kan voortaan *elke* vreemdeling die is toegelaten of gemachtigd tot een verblijf voor onbepaalde duur<sup>513</sup> na drie jaar verblijf in België een naturalisatieverzoek indienen. Dat verzoek wordt toegewezen na een minimale controle die niet strenger is dan deze waar de echtgenoot in het kader van een nationaliteitsverklaring aan wordt onderworpen<sup>514</sup>. Het huwelijk met een Belg geeft voortaan met andere woorden geen versnelde toegang meer tot de Belgische nationaliteit. Dit kan enigszins verbazen, nu het huwelijk met een Belg onmiskenbaar een integrerende werking heeft en een versterkte band met de Belgische rechtsorde schept. Deze gegevens komen o.i. in aanmerking als criterium voor nationaliteitsverwerving. Hun rol is evenwel geneutraliseerd door de nieuwe naturalisatiebepaling. Deze situatie illustreert dat de nationaliteitswetgever fragmentair tewerk is gegaan en de logische opbouw van de verwervingscriteria uit het oog is verloren. De drijfveer om een zogenaamd nationaliteitshuwelijk aan te gaan is weliswaar volledig weggenomen. Dit gebeurde evenwel op drastische wijze.

**374.** Gezien de geleidelijke evolutie binnen het sociale-zekerheidsrecht naar een

<sup>512</sup> Art. 16 W.B.N. Voorheen reeds werd in 1984 (Art. 16 § 1 Wet 28 juni 1984 betreffende sommige aspecten van de toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het wetboek van de Belgische nationaliteit, B.S. 12 juli 1984) de regel afgeschaft die de buitenlandse echtgenote door het enkele feit van haar huwelijk met een Belg automatisch de Belgische nationaliteit verleende (was geregeld bij K.B. 14 december 1932). Sinds 1984 heeft het huwelijk van rechtswege geen enkel gevolg meer op het vlak van de nationaliteit. Zie ook voor Frankrijk: de Franse wet van 9 januari 1973 op de nationaliteit bevatte een bepaling die de regering de bevoegdheid verleende om gedurende één jaar na verwerving van de nationaliteit op grond van huwelijk de betrokkene ervan vervallen te verklaren wanneer misbruik werd geconstateerd. In 1984 is de regeling, onder druk van de veelvoudige misbruiken, o.m. in het kader van de nationale voetbalploeg, gewijzigd in die zin dat het huwelijk niet automatisch meer de verwerving van de Franse nationaliteit met zich meebracht. Voortaan is de verwerving gekoppeld aan een minimale periode van samenleving, oorspronkelijk zes maanden, inmiddels bij wet van 22 juli 1993 op twee jaar gebracht, tenzij de partners voorheen reeds een gemeenschappelijk kind krijgen.

<sup>513</sup> Deze voorwaarde figureert in de jurisprudentie van de Commissie voor Naturalisaties: COMMISSIE VOOR NATURALISATIES, "Algemene criteria voor de beoordeling van de naturalisatieaanvraag", *intern werkdokument*, 14 november 2000.

<sup>514</sup> Deze kan weliswaar ingevolge zijn huwelijk met een Belg van rechtswege aanspraak maken op verblijf voor onbepaalde duur: art. 40 § 6 Vreemdelingenwet.

gelijke behandeling ongeacht de burgerlijke staat en gelet op de loskoppeling in het familierecht van afstamming en huwelijk sinds het arrest-Marckx, resteert<sup>515</sup> nog overwegend<sup>516</sup> één frauduleus oogmerk om een schijnhuwelijk aan te gaan: huwen met de loutere doelstelling om te worden toegelaten tot het verblijf<sup>517</sup>. We gaan zo dadelijk in op onze vaststelling dat de snelle verwerving van een sterk verblijfsstatuut, m.n. reeds na een korte huwelijkse samenwoning, een al te grote verleiding vormt voor malafide personen. De concentratie van het frauduleuze oogmerk in één doelstelling, dat van een wettig verblijf, vormt o.i. een bijkomende stimulans voor de wetgever om, zoals we zullen suggereren, de *a posteriori* controle op de samenwoning te verlengen, om zo *a priori* de frauduleuze drijfveren af te zwakken. Hoe meer relationele stabiliteit van de betrokkenen wordt geleverd, hoe minder de lust van een definitieve verblijfszekerheid voor de (verre) toekomst zal opwegen tegen de last van een lang vol te houden schijnvertoning.

<sup>515</sup> Voorheen werden daarentegen huwelijken nietigverklaard op grond van nationaliteitshuwelijk (Luik 13 december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 45, *T.B.B.R.* 1996, 324, noot C. PARIS; Luik 26 april 1993, *J.T.* 1994, 536; Brussel 24 april 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 363; Antwerpen 21 april 1986, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 326; Rb. Luik 13 januari 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1986, 25; Gent 26 april 1973, *R.W.* 1973-74, 1886; Gent 10 december 1959, *Pas.* 1961, II, 163; Gent 25 februari 1956, *R.W.* 1956-57, 911, noot; Rb. Kortrijk 17 mei 1957, *R.W.* 1957-58, 425, noot; Rb. Gent 27 maart 1957, *R.W.* 1957-58, 423, noot), op grond van het louter nastreven van werkzekerheid (Gent 11 april 1997, A.R. 1995/412, Goethals/Ben Sellam, *onuitg.*, samengevat door A. BELAMRI en G. FRANSSENS, "Chronologisch register van de rechtspraak", in M.-CL. FOLETS (1998), 372; Rb. Brussel 15 mei 1981, *J.T.* 1981, 523), op grond van de loutere doelstelling om te ontsnappen aan de voormalige dienstplicht (Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2915; evenwel geen vernietiging in casu wegens onvoldoende bewijs), op grond van de doelstelling een arbeidskaart te verkrijgen (Brussel 28 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 56, *T.B.B.R.* 1988, 57, noot A. KOHL) en op grond van de loutere doelstelling om ongeoorloofde geldelijke voordelen te verkrijgen (Gent 11 april 1997, A.R. 1995/412, Goethals/Ben Sellam, *onuitg.*, samengevat door A. BELAMRI en G. FRANSSENS, "Chronologisch register van de rechtspraak", in M.-CL. FOLETS (1998), 372; Antwerpen 1996/AR/455, 22 oktober 1996, *onuitg.*; Rb. Dendermonde 20 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1995, 162. Zie ook Brussel 7 juni 1994, *T.B.B.R.* 1995, 377; OCMW-steun als gezinshoofd i.p.v. als alleenstaande).

<sup>516</sup> Met het oog op de internationale beslissingsharmonie is het denkbaar dat buitenlandse koppels met een huwelijk louter beogen hun voorhuwelijkse kind te 'wettigen'. Cf. *infra*.

<sup>517</sup> Zie voorheen reeds o.m. Cass. 23 februari 1995, *E.J.* 1995, 71, noot J. ROODHOOFT, *R.* Cass. 1995, 230, noot W. WAUTERS en K. WAUTERS-LAMBEIN, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 37, *R.C.D.I.P.* 1996, 307, noot M. FALLON; Antwerpen 13 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 74; Gent 1995/AR/296, 9 januari 1998, *onuitg.*; Brussel 9 december 1997, *onuitg.*; Antwerpen 1996/AR/3308 en 1996/AR/3342, 4 november 1997, *onuitg.*; Gent 11 april 1997, A.R. 1995/412, Goethals/Ben Sellam, *onuitg.*, samengevat door A. BELAMRI en G. FRANSSENS, "Chronologisch register van de rechtspraak", in M.-CL. FOLETS (1998), 372; Luik 26 juni 1997, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 331, noot C. PARIS; Antwerpen 1996/AR/455, 22 oktober 1996, *onuitg.*; Gent 1994/AR/1192, 11 oktober 1996, *onuitg.*; Brussel 10 mei 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 43; Antwerpen 9 januari 1996, *T. Vreemd.* 1996, 71; Brussel 30 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 564; Brussel 9 maart 1995, *E.J.* 1995, 98; Luik 6 december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 43; Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 574; Brussel 7 juni 1994, *T.B.B.R.* 1995, 377; Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 599, noot M. LIENARD-LIGNY; Luik 26 april 1993, *J.T.* 1994, 536; Luik 30 juni 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 278; Gent 26 april 1973, *R.W.* 1973-74, 1886; Rb. Brussel 1 juni 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 50; Rb. Turnhout 14 maart 1991, *Turnh. Rechtsl.* 1991, 131; Rb. Brussel 5 februari 1991, *Rev. dr. etr.* 1991, 50; Rb. Brussel 15 mei 1981, *J.T.* 1981, 523, noot D. STERCKX; Rb. Brussel 30 maart 1976, *J.T.* 1976, 427. Zie ook voor Frankrijk: R. ABRAHAM, "Les mariages blancs, aspects de droit privé et de droit public: mariage blanc et délivrance à un étranger d'une carte de résidence", *R.F.D.A.* 1993, 175-183. Zie ook art. 71a Nederlands B.W.

**375.** Alvorens we ingaan op de *a posteriori*-aanpak van schijnhuwelijken, staan we evenwel stil bij de preventieve strijd tegen schijnhuwelijken, die wordt gevoerd door de ambtenaar van de burgerlijke stand.

**376.** Burgerrechtelijk kunnen op drie niveaus beperkingen worden gesteld op huwelijksluiting met of van vreemdelingen.

Het eerste niveau is dat van de huwelijksaangifte. In een verder hoofdstuk, m.n. bij de behandeling van de vormvereisten<sup>518</sup>, gaan we na of eenieder die op wettige wijze in België verblijft – desgevallend mits enige inspanning – wel in de mogelijkheid is om in België een oprecht huwelijk aan te gaan. Is dat niet het geval, dan worden reeds op dit niveau beperkingen gesteld op het recht om te huwen. De vraag is dan vervolgens of die beperkingen gerechtvaardigd worden door een wettig, redelijk en proportioneel oogmerk (*cf. infra*).

Het tweede en derde niveau hebben betrekking op de beoordeling van de vrije huwelijks toestemming. De ambtenaar van de burgerlijke stand kan wegens een vermoeden van schijnhuwelijk weigeren om het huwelijk te voltrekken. Na huwelijksvoltrekking kan door de partijen zelf, door elke belanghebbende of door het O.M. vernietiging van het huwelijk wordt gevorderd op grond van veinzing<sup>519</sup>.

**377.** *De strijd tegen schijnhuwelijken is hoofdzakelijk toegespitst op vreemdelingen met (louter) verblijfsoogmerk – andere kunstgrepen lijken vergeten.* De burgerrechtelijke strijd tegen schijnhuwelijken werd tot voor kort hoofdzakelijk op jurisprudentiële gronden gevoerd met behulp van de constructie van de virtuele absolute nietigheden. De wet van 4 mei 1999<sup>520</sup> stelt sinds 1 januari 2000 een specifieke nietigheidsgrond voor schijnhuwelijken in. De doelstellingen van deze wet waren wellicht edeler dan het resultaat. Het nieuwe artikel 146*bis* B.W. is vatbaar voor velerlei interpretatie. Vast staat dat de bepaling niet alle hypothesen insluit die tot nog toe toelieten om een huwelijk als schijnhuwelijk te kwalificeren. Ze verbiedt slechts huwelijken die een levensgemeenschap uitsluiten en zijn aangegaan met een louter verblijfsoogmerk.

**378.** Deze restrictieve omschrijving impliceert dat de huwelijken die door de bepaling worden gevisieerd hoofdzakelijk huwelijken met of tussen derdelanders betreffen. De meeste EER-onderdanen genieten immers vrij verkeer van

<sup>518</sup> *Cf. infra*, hoofdstuk 6. We zullen onze aandacht voornamelijk richten op de rechtsfiguur van de akte van bekendheid.

<sup>519</sup> Aangezien de materie de openbare orde raakt, kan eenieder een vordering instellen: Gent 26 april 1973, *R.W.* 1973-74, 1886; Rb. Turnhout 14 maart 1991, *Turnh. Rechtsl.* 1992, 159; Rb. Brussel 15 mei 1981, *J.T.* 1981, 523; Rb. Brussel 30 maart 1976, *J.T.* 1976, 427; Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 31. Vgl.: Cass. fr. 20 november 1963, *D.* 1964, 465. *Contra* m.b.t. de echtgenoot te kwader trouw zelf, maar weerlegd door Cass. 8 december 1966, *Pas.* 1967, I, 434; Rb. Luik 3 februari 1966, *J.L.M.B.* 1965-66, 203.

<sup>520</sup> Wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, *B.S.* 1 juli 1999.

personen.

**379.** Er bestaat evenwel geen absoluut recht op vrij verkeer. EER-onderdanen die niet economisch actief zijn en evenmin een bewijs van voldoende bestaansmiddelen en een ziekteverzekering kunnen voorleggen, ressorteren onder de regeling voor derdelanders. Dit betekent dat ook bepaalde E.E.R.-onderdanen, m.n. hij die op het grondgebied van een lidstaat als werknemer of zelfstandige een beroepswerkzaamheid heeft uitgeoefend<sup>521</sup>, de E.E.R.-onderdaan die naar België komt om te studeren<sup>522</sup>, en elke andere EER-onderdaan, die niet de toepassing van een van de privilegiërende regelingen geniet<sup>523</sup>, om verblijfsrechtelijke redenen baat kunnen hebben bij een schijnhuwelijk, m.n. als ze niet op zelfstandige basis het Belgisch grondgebied kunnen betreden omdat ze niet voldoen aan de strenge binnenkomstvereisten die het Vreemdelingenbesluit hen oplegt in navolging van de Europese richtlijnen<sup>524</sup>.

**380.** De regeling stelt bijgevolg een indirecte ongelijke behandeling in op grond van een gecombineerd criterium van nationaliteit en financiële welstand.

**381.** Hoewel er ongetwijfeld naast de wettelijke nietigheidsgrond verder gebruik zal worden gemaakt van de bestaande jurisprudentiële constructie van de virtuele absolute nietigheid van een schijnhuwelijk<sup>525</sup>, wijst de keuze van de wetgever er o.i. op dat de strijd tegen schijnhuwelijken zich steeds meer beperkt tot het voeren van een strikt migratiebeleid ten aanzien van derdelanders en bovengenoemde niet-gefortuneerde EER-burgers. Ook de Europese Resolutie van 1997 inzake schijnhuwelijken beperkt haar definitie van schijnhuwelijk tot huwelijken met een louter verblijfsdoelmerk<sup>526</sup>.

**382.** Oorspronkelijk – en op het eerste gezicht nu nog steeds – stond bij de beoordeling van het huwelijk de intentie centraal om een levensgemeenschap aan te gaan. Al gauw werd erkend dat deze voornaamste doelstelling van het

<sup>521</sup> Art. 51 § 1 j° 69 *bis* K.B. 8 oktober 1981: vereiste van ziektekostenverzekering, evenals van invaliditeitsuitkering, vervroegd pensioen of ouderdomsuitkering, dan wel een uitkering van de arbeidsongevallen- of beroepsziektenverzekering waarvan het bedrag toereikend is om te voorkomen dat de betrokkene ten laste van de overheden komt.

<sup>522</sup> Art. 55 § 1 j° 69 *bis* K.B. 8 oktober 1981: vereiste van ziektekostenverzekering, evenals van toereikende bestaansmiddelen (ten belope van een bedrag dat hoger ligt dan de sociale bijstand die hij zou genieten).

<sup>523</sup> De zogenaamde restcategorie: art. 53 § 1 j° 69 *bis* K.B. 8 oktober 1981: vereiste van ziektekostenverzekering, evenals van toereikende bestaansmiddelen (ten belope van een bedrag dat hoger ligt dan de sociale bijstand die hij zou genieten).

<sup>524</sup> Zie de vermeldingen in de drie voorgaande noten.

<sup>525</sup> Hierover: S. D'HONDT, "Artikel 146bis B.W.", in *Comm. Pers.* (1999).

<sup>526</sup> Resolutie Raad EU van 4 december 1997 betreffende maatregelen ter bestrijding van schijnhuwelijken, *P.B. C.* nr. 382 van 16 december 1997, 1-2: "Het huwelijk van een onderdaan van een lidstaat of een onderdaan van een derde land die legaal in een lidstaat verblijft, met een onderdaan van een derde land met als enig doel de regels betreffende de binnenkomst en het verblijf van onderdanen van derde landen te misbruiken en voor de onderdaan van het derde land een vergunning tot vestiging of tot verblijf in een lidstaat te verkrijgen".

huwelijk kan samengaan met andere doelstellingen, mits de partners beogen samen te leven<sup>527</sup>. Een zakelijk huwelijk waarbij de partners daadwerkelijk samenleven, is geldig<sup>528</sup>. Ook als verblijfsrechtelijke motieven de doorslag geven, is het huwelijk geldig, mits die ene dwingende centrale voorwaarde van samenleving wordt vervuld, of minstens samenleving wordt beoogd<sup>529</sup>. De samenleving hoeft niet meteen in te treden en hoeft niet uit genegenheid voort te vloeien<sup>530</sup>.

**383.** Volgens enkele gezaghebbende auteurs moet bovendien niet in alle omstandigheden samenleving worden beoogd. Deze auteurs gaan ervan uit dat er geen sprake is van een schijnhuwelijk mits de partners wel bepaalde *andere*

<sup>527</sup> Brussel 10 februari 1998, 1996/A.R./1629, *onuitg.*; Brussel 20 mei 1981, *Rev. not.* 1982, 208; Gent 14 februari 1986, *T. Vreemd.* 1986, 27, noot X.; Rb. Brussel 9 april 1997, *E.J.* 1998, 45, noot V. VAN DEN EECKHOUT; Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 62; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Rb. Dendermonde 6 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1994, 213; Rb. Brussel 1 maart 1994, A.R. 94/267/C, *onuitg.*; Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1993, 75; Rb. Antwerpen 26 juni 1991, *R.W.* 1991-92, 236; Rb. Luik 17 november 1987 en 19 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 350-351; Rb. Bergen 21 februari 1986, *J.T.* 1987, 370; Rb. Gent 18 april 1983, *T. Vreemd.* 1983, 165; Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 265; Rb. Luik 13 januari 1978, *J.L.* 1978-79, 55; Rb. Brussel 7 april 1946, *J.T.* 1946, 401, noot H. BOCQUET, *R.C.J.B.* 1947, 31, noot J. DABIN, *Rev. prat. Not.* b. 1946, 401, noot M. MAYNE.

<sup>528</sup> Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66 (materieel voordeel bij het huwelijk volstaat niet om tot een schijnhuwelijk te besluiten); Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 62 (geldigheid van een huwelijk zonder liefde en uit verstandelijke overwegingen); Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54 (het betrachten van een materieel voordeel verleend door het huwelijk is verenigbaar met een oprechte wil om te huwen); Rb. Dendermonde 6 oktober 1994, *aangeh.* (als de huwelijksmotieven het gezinsleven niet uitsluiten, is het huwelijk niet kwalificeerbaar als een schijnhuwelijk); Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 574; Rb. Brussel 31 maart 1992, *aangeh.* "le coeur et la raison peuvent faire bon ménage" (in casu werd het huwelijk evenwel vernietigd); Rb. Luik 17 november 1987 en 19 mei 1988, *aangeh.*; Rb. Luik 19 mei 1988, *Rev. dr. étr.* 1988, afl. 50, 154 Rb. Bergen 21 februari 1986, *aangeh.*: "Il est admis qu'on puisse se marier notamment par intérêt, pour autant que le mariage soit tout de même une réalité"; Rb. Gent 18 april 1983, *aangeh.*: "Nu zal er wel niemand durven beweren dat elk voorgenomen huwelijk wordt aangegaan met de bewuste intentie een 'doelgebonden levensgemeenschap' aan te gaan, nu er toch een onnoemelijk aantal gevallen zijn waar een huwelijk, om welke motieven ook, aan een of beide partners wordt opgedrongen, hetzij om de sociale status, hetzij om de zekerheid die een huwelijk biedt op materieel, moreel en financieel vlak, hetzij om welk ander belang ook, anders dan het stichten van een doelgebonden levensgemeenschap"; Brussel 20 mei 1981, *Rev. not.* 1982, 208; Rb. Brussel 23 december 1980, *aangeh.* 1981, 265; Rb. Brussel 7 april 1946, *aangeh.*

<sup>529</sup> Rb. Brussel 9 april 1997, *aangeh.*; Rb. Brussel 8 maart 1995, *aangeh.*; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *aangeh.*; Rb. Brussel 31 maart 1992, *aangeh.*; Rb. Luik 19 mei 1988, *aangeh.* Ook de Omz. van 17 december 1999 inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, *B.S.* 31 december 1999, stelt: "Het recht om te huwen, zoals verwoord in art. 12 E.V.R.M. en art. 23 I.V.B.P.R. is niet verbonden aan de verblijfstoestand van de betrokken partijen. Hieruit volgt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de opmaak van de akte van aangifte en de voltrekking van het huwelijk niet kan weigeren op grond van het loutere feit dat een vreemdeling illegaal in het Rijk verblijft".

<sup>530</sup> Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 574; Rb. Hasselt 18 februari 1998, *T.B.B.R.* 1999, 64; Rb. Brussel 16 november 1994, *aangeh.*; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *aangeh.*; Rb. Brussel 11 december 1990, *J.T.* 1991, 412; Rb. Luik 19 mei 1988, *aangeh.*; Rb. Bergen 21 februari 1986, *aangeh.*

gevolgen van het huwelijk nastreven, zoals bv. het verlenen van een huwelijks statuut aan het gemeenschappelijke kind<sup>531</sup>.

**384.** De formulering van art. 146*bis* B.W. zet deze trend – al dan niet gewild – door. De wetgever blijkt er met name van uit te gaan dat een schijnhuwelijk steeds wordt aangegaan met een verblijfsoogmerk<sup>532</sup>. Is het huwelijk niet ingegeven door de doelstelling om het verblijf te legaliseren, dan wordt het in de lezing van art. 146*bis* B.W. niet afgewend van zijn doelstellingen, welke ook de achterliggende doelstellingen zijn. Hierdoor bestaat de kans dat vroegere rechtspraak die ook bij bv. een louter ‘wettigings’<sup>533</sup> oogmerk t.a.v. de kinderen tot vernietiging wegens schijnhuwelijk besloot, niet langer wordt gevolgd<sup>534</sup>.

**385.** De discussie is niet zonder belang. Een kwalificatie van het loutere ‘wettigings’ oogmerk als aanwijzing van schijnhuwelijk brengt niet enkel een extra grond met zich mee om te besluiten tot een schijnhuwelijk, maar bovendien een verruiming van de geviseerde groep vreemdelingen. Ook bepaalde EER-vreemdelingen kunnen immers gebaat zijn bij een ‘wettiging’. Ondanks de uitspraak van het Hof voor de Mensenrechten in de zaak-Marckx hebben immers nog steeds niet alle Lidstaten van de Raad van Europa de ongelijke behandeling van huwelijks- en buitenhuwelijks kinderen uit hun wetgeving gebannen. Het lijkt erop dat een wetswijziging vaak<sup>535</sup> pas na meerdere veroordelingen wordt overwogen<sup>536</sup>. Ondanks de veroordeling in 1986<sup>537</sup> blijkt bovendien de Ierse

<sup>531</sup> P. GRAULICH, *Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime*, Paris, Sirey, 1952, 164, noot 56; H. DE PAGE en J.-P. MASSON (1962), nr. 659bis en (1990), nr. 578.

<sup>532</sup> Bovendien kan de taalkundig zwakke formulering van art. 146*bis* B.W. de indruk wekken dat een combinatie van meerdere frauduleuze doelstellingen, zoals het louter beogen van verblijf en de Belgische nationaliteit, of van verblijf en sociale steun, een kwalificatie als schijnhuwelijk uitsluit. Het artikel bepaalt immers dat het huwelijk enkel om verblijfsrechtelijke redenen wordt aangegaan. Zie hierover: S. D'HONDT, *l.c.*, randnr. 5.

<sup>533</sup> We plaatsen deze term tussen aanhalingstekens, aangezien naar Belgisch recht niet langer onderscheid wordt gemaakt tussen huwelijks- (de vroegere ‘wettige’) en buitenhuwelijks- (de vroegere ‘natuurlijke’) afstamming.

<sup>534</sup> Brussel 25 november 1959, *J.T.* 1959, 703; Corr. Brussel 15 januari 1955, *Rev. dr. pén.* 1954-55, 823; Advies O.M. n.a.v. Brussel 28 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 56. Andere rechtspraak bevond deze doelstelling daarentegen wettig, aangezien ze betrekking heeft op een huwelijksgevolg: hierover o.m. P. GRAULICH, *Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime*, Paris, Sirey, 1952, nr. 149, 164, noot 56; H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 659bis.

<sup>535</sup> Heel uitzonderlijk nam een nationale rechter het heft in handen. De Nederlandse Hoge Raad bv. oordeelde in 1986, zonder dat het Hof voor de Mensenrechten hierop had moeten aandringen, de Nederlandse wetgeving als discriminatoir omdat die aan ongehuwde ouders geen gezamenlijk ouderlijk gezag toekende: Hoge Raad 21 maart 1986, *N.J.* 1986, 2185.

<sup>536</sup> Zie bv. in België pas na verloop van acht jaar, bij wet van 30 maart 1987. Dan nog volgde een tweede veroordeling door het Hof voor de Mensenrechten omwille van discriminatoire overgangsbepalingen (Hof Mensenrechten, arrest-Vermeire van 29 november 1991, §§ 25-26 en Arbitragehof 4 juli 1991, *B.S.* 22 augustus 1991, *J.L.M.B.* 1991, 1102, noot D. PIRE, *T. Not.* 1991, 481, noot K. RIMANQUE). Ook later nog besloten Arbitragehof en Hof van Cassatie tot discriminatie van buitenhuwelijks kinderen in aanverwante materies: Arbitragehof 21 december 1990, *B.S.* 17 januari 1991; Cass. 21 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 180, noot D. PIRE, *R.W.* 1993-94, 984, noot; Cass. 6 maart 1986, *R.C.J.B.* 1987, 8, noot F. RIGAUX, *Rec. gén. enr. not.* 1986, 411, noot, *T. Not.* 1986, 142, noot F. BOUCKAERT, *Rev. not. b.* 1986, 438, noot D.S., *R.W.* 1986-87, 236, noot P. SENAËVE. Ook de Oostenrijkse wetgever trok geen conclusies uit het arrest-Marckx en wachtte een eigen veroordeling in 1987 (Hof Mensenrechten, arrest-Inze

wetgever tot op de dag van vandaag niet te voorzien in een buitenhuwelijkse vaderlijke erkenning, zodat naar de letter van de wet slechts huwelijkse afstamming of wettiging mogelijk is<sup>538</sup>. In de praktijk vinden niettemin vaststellingen van buitenhuwelijkse afstamming plaats door vermelding in de geboorteakte of door aangifte door de moeder van het vaderschap van haar partner, onder voorlegging van een attest dat zijn vaderschap bevestigt<sup>539</sup>. Zolang deze praktijk geen wettelijke grondslag heeft, blijft het evenwel denkbaar dat buitenhuwelijkse kinderen worden 'gewettigd' door een huwelijk, dat louter om deze reden wordt aangegaan.

**386.** Op 1 februari 2000 nog werd Frankrijk veroordeeld in de zaak *Mazurek t. Frankrijk* wegens erfrechtelijke discriminatie van overspelige kinderen<sup>540</sup>. Rechter Loucaides en rechter Tulkens wezen in hun *partly dissenting opinion* op het discriminatoire karakter van meerdere andere bepalingen van de Franse Code Civil.

**387.** Deze voorbeelden geven aan dat de wetgeving van meerdere EER-lidstaten tot voor kort niet uitsloot dat een huwelijk wordt afgewend van zijn doelstelling, meer bepaald om de gelijke behandeling van buiten het huwelijk geboren kinderen te waarborgen door ze een huwelijks statuut te verlenen<sup>541</sup>.

**388.** Meerdere derde landen blijven tot op vandaag buitenhuwelijkse kinderen discrimineren. Naar Marokkaans recht bv. laat art. 83, tweede lid Mudawwana slechts t.a.v. de moeder de vaststelling van een buitenhuwelijkse afstammingsband toe<sup>542</sup>.

**389.** Gaan de partners evenwel na de geboorte een huwelijk aan, dan kan de Marokkaanse rechter de echtgenoten naar Marokkaans recht als gehuwd beschouwen vanaf de datum die ze daartoe zelf bepalen<sup>543</sup>. Ook de Algerijnse<sup>544</sup>

---

van 28 oktober 1987, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 126) af.

<sup>537</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston, 18 december 1986, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 112.

<sup>538</sup> Ook het Australische recht blijkt de vaderlijke erkenning niet te kennen en de wettiging door huwelijk als enige mogelijkheid te voorzien: J. VAN DE VELDE, *Oranjeboek, Burgerlijke Stand 6, Internationale burgerlijke stand, praktische informatie betreffende het persoonlijk statuut van vreemdelingen*, Brugge, Vanden Broele, 1999, losbl.

<sup>539</sup> J. VAN DE VELDE, o.c.

<sup>540</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Mazurek t. Frankrijk van 1 februari 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 397, noot Y.-H. LELEU.

<sup>541</sup> De Franse wetgever stelde een eind aan de discriminatoire regeling bij wet nr. 2001-1135 van 3 december 2001 "relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral", *D.* 2001, Lég. 3593.

<sup>542</sup> Wel is de wettelijke conceptieperiode ruim opgevat: van de zesde tot de twaalfde maand voor de geboorte van het kind: art. 83 Mud; Rb. Gent 19 maart 1992, *T.B.B.R.* 1993, 70.

<sup>543</sup> Rb. Brussel 20 november 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 351, noot M.-CL. FOLETS, *J.T.* 1991, 283, noot X.; V. VAN DEN EECKHOUT, "Navigeren doorheen Belgische, internationaal privaatrechtelijke en Marokkaanse kanalen: sturing van huwelijkse vaderlijke afstamming", *T. Vreemd.* 1995, 339-388, *T. Vred.* 1997, 16-49.

<sup>544</sup> Rb. Antwerpen 2 november 1983, *T. Vred.* 1986, afl. 95, 114, noot J. ERAUW (eveneens strijdigheid aangenomen met I.V.R.K. en art. 8 E.V.R.M.).

en Soedanese<sup>545</sup> burgerlijke wetgeving kennen de buitenhuwelijkse afstamming niet, maar hanteren een gelijkaardige 'regulariseringstechniek' via de rechtsfiguur van het retroactieve huwelijk.

**390.** Weliswaar oordeelt de Belgische rechtspraak unaniem dat het verbod om de vaderlijke afstamming vast te stellen buiten het kader van een huwelijk strijdig is met de BIPOO. Huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen verdienen ingevolge het E.V.R.M.<sup>546</sup> een gelijke behandeling<sup>547</sup>. Dit neemt niet weg dat sommige vreemdelingen nog steeds een strikte toepassing van hun nationale recht vrezen<sup>548</sup>, en dat ze bovendien niet het risico willen lopen op een hinkende rechtspositie, tengevolge van de niet-erkenning in het land van oorsprong van een naar Belgisch recht vastgestelde afstamming.

**391.** Hoewel de kans op een schijnhuwelijk in geval van vastgestelde moederlijke én vaderlijke afstamming gering is, is het denkbaar dat de vader slechts in een erfgenaam is geïnteresseerd en niet tevens met de moeder van het kind een levensgemeenschap wil vormen. Welke ook de achterliggende drijfveer is, we menen dat partners die niet beogen om een levensgemeenschap te vormen, het huwelijk afwenden van zijn doelstelling. Art. 146*bis* B.W. heeft hier, zoals gezegd, geen rekening mee gehouden. Dit stilzitten van de wetgever kan niet zijn geïnspireerd door de doelstelling om moslimkinderen alsnog een vaderlijke afstammingsband te gunnen als de ouders dat zelf wensen. Naar Belgisch I.P.R. treedt het genoemde gewenste gevolg immers, zoals we zopas aangaven, automatisch in. Bovendien behoudt het kind ook bij nietigverklaring van het huwelijk van zijn ouders zijn wettige afstamming, door de automatische toekenning van het voordeel van een putatief huwelijk (art. 202 B.W.).

**392.** *De samenwoonstcontrole als ongelijk selectiemiddel in het verblijfsrecht.* Talrijk zijn de uitspraken waarbij een huwelijk werd vernietigd op grond van een

<sup>545</sup> Rb. Brussel 30 juni 1981, *J.T.* 1981, 723, noot N. WATTE.

<sup>546</sup> Gezien de territoriale werkingssfeer van het verdrag – eenieder die in België verblijft ziet het E.V.R.M. op zich toegepast – genieten ook onderdanen van een niet-verdragsstaat de toepassing ervan in België.

<sup>547</sup> O.m. Rb. Brussel 16 december 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 444; Rb. Antwerpen 6 mei 1992, *T. Vreemd.* 1992, 275; Rb. Antwerpen 2 november 1983, *Rev. dr. étr.* 1983, 134 en *T. Vred.* 1986, afl. 95, 114, noot J. ERAUW (de Algerijnse wet is strijdig met het I.V.R.K. en art. 8 E.V.R.M.); Brussel 30 juni 1981, *J.T.* 1981, 723, noot N. WATTE (m.b.t. de Soedanese wet).

<sup>548</sup> Terecht in sommige van onze buurlanden: zie Cass. fr. 3 november 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 74, noot Y. LEQUETTE en 495, noot J. FOYER. Het Hof stelde dat slechts van het verbod naar buitenlands recht wordt afgeweken als dat is vereist in het belang van het kind, m.n. wanneer zijn onderhoud in het gedrang komt. In casu werd het verbod van buitenhuwelijkse afstamming, zoals verwoord in de Algerijnse wet van de moeder, toegepast, ook al hadden vader en kind de Franse nationaliteit en waren ze in Frankrijk gedomicilieerd. Cass. fr. 10 februari 1993, *onuitg., aangeh.* in S. ALDEEB en A. BONOMI (ed.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, 250, leek een opening te laten voor de vaststelling van de buitenhuwelijkse afstamming van een kind dat de Franse nationaliteit heeft of gewoonlijk in Frankrijk verblijft. Cass. fr. 25 januari 1997, *R.C.D.I.P.* 1998, 602, noot G.A.L. DROZ, lijkt daarentegen terug te grijpen naar een onvoorwaardelijke toepassing van het verbod.



gebrek aan samenwoning<sup>549</sup>. De samenwoning is het voornaamste controlemiddel geworden om te beslissen over de geldigheid van de toestemming van de echtgenoten<sup>550</sup>. Beide partners moeten de samenwoningstcontrole als een noodzakelijk leed ondergaan, wil de ene partner de verblijfstitel behouden die hij heeft verkregen op grond van vervoeging van de andere.

**393.**De notie “samenwoning” heeft in het verblijfsrecht via zijn koppeling aan een verblijfsrechtelijke controle een eigen vorm gekregen, te onderscheiden van de burgerrechtelijke notie “samenwoning”.

**394.**Hierdoor wordt o.i. gerechtvaardigd dat in het verblijfsrecht steeds samenwoning kan worden gevergd opdat verblijf zou worden toegelaten, terwijl de burgerlijke rechter in het kader van een vordering tot nietigverklaring op grond van schijnhuwelijk reeds meermaals heeft geoordeeld dat een ontstentenis van samenwoning voorlopig de geldigheid van het huwelijk niet in de weg staat. Dat was niet enkel het geval bij fysieke onmogelijkheid tot samenleven (o.m. wegens opsluiting of hospitalisering), maar ook als religieuze redenen een samenwoning voorlopig in de weg stonden, bv. omdat het huwelijk nog niet religieus ingezegend was. Was een viering wél gepland voor de nabije toekomst en kon het uitstel gerechtvaardigd worden, dan werd de vordering tot nietigverklaring op grond van schijnhuwelijk afgewezen.

**395.**De Dienst Vreemdelingenzaken, de Raad van State en de Commissie van Advies voor Vreemdelingen passen de samenwoningsvereiste evenwel strikter toe<sup>551</sup>. Ze laat een afwijking slechts toe bij fysieke onmogelijkheid tot samenleven<sup>552</sup>. Deze gestrengheid is o.i. gerechtvaardigd: zolang de betrokkenen niet willen samenwonen, dringt een toelating tot het verblijf op grond van gezinshereniging zich in beginsel niet op. Verblijft de partner evenwel reeds in België, dan menen we dat hem of haar kan worden toegestaan om het verblijf

<sup>549</sup> O.m. Antwerpen 19 maart 2002, 2000/AR/2991, *onuitg.*; Rb. Gent 7 maart 2002, A.R. nr. 01/4346/A, *onuitg.*; Antwerpen 6 februari 2002, 2001/AR/1200, *onuitg.*; Rb. Mechelen 15 maart 2001, A.R. nr. 00/1539/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 9 november 2000, A.R. nr. 00/1454/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 9 november 2000, A.R. nr. 00/407/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 28 september 2000, A.R. nr. 00/1011/A, *onuitg.*; Luik 28 juni 2000, *J.L.M.B.* 2001, 556; Rb. Mechelen 24 juni 1999, A.R. 98/1741/A, *onuitg.*; Luik 15 februari 1999, 1997/AR/936, *onuitg.*; Rb. Mechelen 1 februari 1999, A.R. nr. 00/524/A, *onuitg.*; Rb. Luik 24 juni 1977, *J.L.* 1977-78, 227.

<sup>550</sup> Zie ook voor Nederland: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, o.c., 15: art. 47b Vreemdelingenbesluit j° art. 10 lid 2 Vreemdelingenwet.

<sup>551</sup> De Raad van State en de Commissie van Advies voor Vreemdelingen hebben aangegeven dat een intentie om samen te wonen, ook al wordt die intentie gevolgd door een korte periode van samenwoning, niet volstaat: R.v.St. nr. 33.452, 24 november 1989 (bevel na 1 jaar en 7 maand huwelijk, toen de betrokkenen nog maar sinds enkele maanden samenwoonden in België); R.v.St. nr. 33.275, 20 oktober 1989, *T. Vreemd.* 1989, 16 e.v. De Commissie van advies voor vreemdelingen heeft op 16 juni 1988 (weergeg. in *T. Vreemd.* 1989, 21) verduidelijkt dat de term ‘van rechtswege’ in art. 10 Vreemdelingenwet eigenlijk geen betekenis heeft en dat ‘komt leven met’ moet worden begrepen als ‘leeft met’.

<sup>552</sup> E. DE CALLATAY, “Les mineurs étrangers et l'Office des étrangers”, *Rev. dr. étr.* 1994, speciaal nummer, 25.

voorlopig voort te zetten, mits een datum is bepaald voor een religieuze viering in België, binnen een redelijke termijn, en gepland wordt om de samenwoning daarna onmiddellijk te laten ingaan. De samenwoningstcontrole zou pas ingaan vanaf de aanvang van de daadwerkelijke samenwoning.

**396.** De inmenging in het privé- en gezinsleven van de betrokkenen die onvermijdelijk gepaard gaat met de samenwoningstcontrole, wordt slechts in uitzonderlijke gevallen strijdig bevonden met art. 8 E.V.R.M.<sup>553</sup> De soevereiniteit van de Lidstaten op het vlak van hun verblijfsbeleid wordt ruim ingevuld. Het Belgische beleid wordt gekenmerkt door opvallende verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en financiële draagkracht.

**397.** De controle in het kader van het verblijfsrecht kan tot vijftien maanden aanhouden indien de rechtgevende partner een derdelander is met wettig verblijf in België<sup>554</sup> en tot zes maanden<sup>555</sup> ingeval de rechtgevende partner een Belg of EER-onderdaan is<sup>556</sup>. Dat het verschil in controletermijn niet louter theoretisch of uitzonderlijk is, blijkt uit de omzendbrief die de regeling 'interpreteert' en de controle t.a.v. twee derdelanders principieel slechts laat ingaan vanaf de achtste maand gezamenlijk verblijf<sup>557</sup>.

**398.** Ook burgerrechtelijk speelt de samenwoning een doorslaggevende rol, zij het niet preventief – van partners kan niet verwacht worden dat ze reeds vóór het huwelijk samenleven – maar vanuit repressief oogpunt. Enerzijds gaat een intentioneel verzaken aan de samenwoningsplicht in tegen de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde en vormt het als dusdanig een nietigheidsgrond<sup>558</sup>. Anderzijds werd tot nog toe geen enkele vordering tot nietigverklaring omwille van schijnhuwelijk ingewilligd in geval ontegensprekelijk vaststond dat de partners daadwerkelijk, langdurig en met oprechte doelstellingen<sup>559</sup> samenleefden.

<sup>553</sup> Arbitragehof nr. 4/96 van 9 januari 1996, *B.S.* 27 februari 1996.

<sup>554</sup> Art. 12*bis* Vreemdelingenwet.

<sup>555</sup> In de praktijk slechts vijf maanden, aangezien het attest van immatriculatie (model B) dat het familielid krijgt bij zijn aankomst, slechts vijf maanden geldig is (art. 45 § 1, art. 51 § 2, art. 53 § 2 en art. 61 § 1 Organiek Uitvoeringsbesluit van 8 oktober 1981). Binnen die termijn moet aldus beslist worden of het familielid al dan niet recht op voortgezet verblijf heeft.

<sup>556</sup> Art. 42 laatste lid j° art. 40 § 6 Vreemdelingenwet en art. 69*bis* Organiek Uitvoeringsbesluit van 8 oktober 1981.

<sup>557</sup> Omz. van 28 februari 1995 betreffende de procedure bepaald bij art. 12*bis* van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en betreffende het recht op verblijf van de vreemdelingen bedoeld in artikel 10 van dezelfde wet, *B.S.* 31 maart 1995, pt. IV.B.3.

<sup>558</sup> Luik 15 februari 1999, 1997/AR/936, *onuitg.*; Brussel 30 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 564; Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 574; Rb. Brussel 5 februari 1991, *Rev. dr. étr.* 1991, 50; Rb. Luik 24 juni 1977, *J.L.* 1977-78, 227. *Contra*: Antwerpen 4 mei 1999, 1998/A.R./151, *onuitg.*: "dat bovendien het gebrek aan samenwoning tussen de 'echtelieden' slechts één der indicaties vormt op grond waarvan tot een schijnhuwelijk moet worden besloten, zodat al evenmin kan worden aangenomen dat art. 14 E.V.R.M. geschonden is".

<sup>559</sup> Zie daarentegen Rb. Gent 7 maart 2002, 01/4346/A, *onuitg.*: vernietiging als schijnhuwelijk. De partners hadden weliswaar (kort) samengewoond, maar dat gebeurde louter met de doelstelling de politie te misleiden. De vrouw bekende dat het een schijnhuwelijk betrof. Zij had de woning

**399.** Vóór we op de precieze draagwijdte van de controle ingaan, past het even stil te staan bij de vaststelling dat sommige burgerlijke rechters een zekere soepelheid aan de dag leggen bij hun beoordeling van de samenwoning, m.n. als er sprake is van een uitgestelde, maar niettemin voorgenomen samenwoning. De soepelheid is gesteund op de vaststelling dat in sommige omstandigheden een uitstel van samenwoning, evenals een uitstel van voltrekking van het huwelijk op seksueel vlak, kan worden verantwoord door culturele of religieuze argumenten, zoals het feit dat nog geen religieuze viering heeft plaatsgevonden<sup>560</sup>. Een drievoudige afwezigheid van religieuze viering, samenleving en geslachtelijke voltrekking van het huwelijk<sup>561</sup> volstaat m.a.w. niet automatisch om te besluiten tot veinzing: de *intentie* van de partijen op het ogenblik van de huwelijksluiting telt<sup>562</sup>. Ook de verklaring nog niet over een deftige woning te beschikken, werd reeds in aanmerking genomen door een rechter die vervolgens besloot dat hij uit het geheel van de omstandigheden onvoldoende tekenen van veinzing kon afleiden<sup>563</sup>.

**400.** Deze houding *contrasteert* met de samenwoonstcontrole die de Dienst Vreemdelingenzaken verricht in het licht van het verblijfsrecht. Voor zover ons bekend is, worden daarbij slechts argumenten van fysieke onmogelijkheid tot samenleven (zoals wegens opsluiting, hospitalisering<sup>564</sup>) in aanmerking genomen. Dit is evenwel aannemelijk in het licht van de doelstelling van het gezinsherenigingsbeleid. De partner dient slechts recht op verblijf te worden verleend vanaf het ogenblik dat hij zijn gezinsleven effectief wenst te beleven.

**401.** Tenzij dwang, dwaling of geweld de geldigheid van het huwelijk in het gedrang brengt, is aan de wilsvereiste voldaan als de partners van bij het begin beoogden samen te leven<sup>565</sup>. Ook al vormt een financiële, fiscaalrechtelijke, verblijfsrechtelijke, sociaalrechtelijke of andere doelstelling, zoals het louter ontsnappen aan de eenzaamheid, de belangrijkste drijfveer voor het huwelijk en ook al wordt niet in de eerste plaats voor de persoon van de partner gekozen: de toestemming tot het huwelijk is geldig gegeven<sup>566</sup>.

---

reeds na vier maanden verlaten en had inmiddels een andere vriend.

<sup>560</sup> Cass. 23 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 363; Luik 15 februari 1999, 1997/AR/936, *onuitg.* (de rechter riep ambtshalve de culturele kadering van het gegeven in); Brussel 19 januari 1998, *A.R.* 1995/3843, *onuitg.*; Antwerpen 14 mei 1996, *T. Vreemd.* 1996, 187; Luik 17 maart 1992, *J.L.M.B.* 1992, 955. Blijkt evenwel dat er geen bereidheid is tot dergelijke viering, dan wordt het argument geweigerd: Cass. 23 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 363.

<sup>561</sup> Rb. Brussel 1 juni 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 50; Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 599, noot M. LIENARD-LIGNY; Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1994, 75.

<sup>562</sup> Luik 15 februari 1999, 1997/AR/936, *onuitg.*; Antwerpen 16 juni 1998, 1995/A.R./447, *onuitg.*; Antwerpen 28 april 1998, *A.J.T.* 1999, 540; Antwerpen 18 november 1997, 1996/A.R./3439, *onuitg.*; Brussel 21 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 565.

<sup>563</sup> Rb. Charleroi 9 februari 1977, *Pas.* 1978, III, 9.

<sup>564</sup> E. DE CALLATAY, "Les mineurs étrangers et l'Office des étrangers", *Rev. dr. étr.* 1994, speciaal nummer, 25.

<sup>565</sup> Tenzij later onoverkomelijke dwaling omtrent de burgerlijke staat van de partner zou blijken.

<sup>566</sup> Rb. Hasselt 18 februari 1998, *T.B.B.R.* 1999, 64; Brussel 10 februari 1998, 1996/A.R./1629, *onuitg.*; Rb. Brussel 9 april 1997, *E.J.* 1998, 45, noot V. VAN DEN EECKHOUT; Rb. Brussel 8

**402.** Vanuit deze achtergrond zouden we kunnen menen dat de huidige aanpak weliswaar niet naar termijn, maar dan toch wél inhoudelijk voorziet in een gelijke behandeling. Op alle huwelijken wordt het beginsel van de samenwoning, een perfect objectief te verifiëren gegeven, toegepast. In de praktijk gebeurt de controle op de samenwoning evenwel met verschillende maten én met verschillende gewichten.

**403.** Of al dan niet samenwoning kan worden aangenomen, wordt m.n. bepaald a.h.v. verschillende criteria. In het kader van de beoordeling van het verblijfsrecht van de derdelander die zijn rechtgevende niet-Europese partner vervoegt, wordt onderzocht of er een daadwerkelijke samenwoning plaatsvindt in hetzelfde huis en *dezelfde kamers*<sup>567</sup>. Slechts als deze samenleving feitelijk onmogelijk is, onafhankelijk van de wil van de betrokkenen (*cf. supra*), kan een negatief oordeel, met vergezellend bevel om het grondgebied te verlaten, worden vermeden.

**404.** Partners van Belgen of EER-onderdanen daarentegen moeten slechts aantonen dat zowel zichzelf als hun partner *in België verblijven*<sup>568</sup>, ongeacht of de partners samenleven<sup>569</sup>. Het begrip “gezamenlijke vestiging” houdt niet de verplichting in om samen te wonen of permanent een gemeenschappelijk leven te leiden<sup>570</sup>.

---

maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 62; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 574; Rb. Antwerpen 26 juni 1991, *R.W.* 1991-92, 236; Rb. Brussel 11 december 1990, *J.T.* 1991, 412; Rb. Luik 19 mei 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 539; Rb. Bergen 21 februari 1986, *T. Vreemd.* 1986, afl. 39, 30; Gent 14 februari 1986, *T. Vreemd.* 1986, 27, noot X.; Brussel 20 mei 1981, *Rev. not.* 1982, 208; Rb. Brussel 7 april 1946, *J.T.* 1946, 401, noot H. BOCQUET, *R.C.J.B.* 1947, 31, noot J. DABIN, *Rev. prat. Not. b.* 1946, 401, noot M. MAYNE. Het onwettig verblijf van de partner volstaat niet om tot een schijnhuwelijk te besluiten. Ook de Omzendbrief van 17 december 1999 stelt: “Het recht om te huwen, zoals verwoord in art. 12 E.V.R.M. en art. 23 I.V.B.P.R. is niet verbonden aan de verblijfstoestand van de betrokken partijen. Hieruit volgt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de opmaak van de akte van aangifte en de voltrekking van het huwelijk niet kan weigeren op grond van het loutere feit dat een vreemdeling illegaal in het Rijk verblijft”.

<sup>567</sup> Art. 10, 4° Vreemdelingenwet. Omz. 8 juli 1999 betreffende het verslag van samenwoning of van gezamenlijke vestiging dat opgesteld wordt in het kader van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en van de omzendbrief van 30 september 1997 betreffende het verlenen van een verblijfsmachtiging op basis van samenwoning in het kader van een duurzame relatie, *B.S.* 6 oktober 1999 (met model van verslag van samenwoning).

<sup>568</sup> Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. dr. étr.* 1995, 633, noot; M. NYS, “Le droit au regroupement familial: nouvelles dispositions légales”, *Rev. dr. étr.* 1994, 12.

<sup>569</sup> In toepassing van de Europese reglementering: art. 10 verordening 1612/68, *P.B. L.* 257, 19 oktober 1968. Zie bv. m.b.t. het familielid van een Belg: *R.v.St.* nr. 28.411, 10 juli 1987, *R.A.C.E.* 1987; *R.v.St.* nr. 31.056, 13 oktober 1988, *R.A.C.E.* 1988; *R.v.St.* nr. 34.847, 8 mei 1990, *R.A.C.E.* 1990.

<sup>570</sup> *Gedr. St. Senaat* 1992-93, nr. 555/1, 8; constante rechtspraak van de Raad van State; M.-C. FOLETS, “De nieuwe vluchtelingenwet en het vreemdelingenbeleid in het algemeen: schrijft de wetgever met dubbel krijt?”, in M.-C. FOLETS en S. PARMENTIER (eds), *De nieuwe Vluchtelingenwet. Commentaar op de Wet van 6 mei 1993*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 194-197; D. VANHEULE, “Raakpunten van het vreemdelingen- en het burgerlijk recht”, o.c., 376.

**405.** De controle is evenwel niet volledig uitgehold: de oprechtheid van het huwelijk moet geloofwaardig blijven. Er dient sprake te zijn van “een zekere duurzaamheid in het onderhouden van minimale echtelijke relaties”, ook al hebben de betrokkenen afzonderlijke verblijfplaatsen. Zo is bijvoorbeeld aan de vereiste van gezamenlijke vestiging voldaan indien de echtgenoten gedurende de week gescheiden leven om professionele of andere redenen, maar tijdens het weekend elkaar systematisch vervoegen. Gezamenlijke vestiging wordt daarentegen niet aangenomen als een persoon zich slechts éénmaal per week aanbiedt bij de verblijfplaats van zijn echtgeno(o)t(e) om er zijn briefwisseling te komen afhalen. Deze beperkte controle werd aanvankelijk niet door eenieder wettig bevonden. Het Hof van Justitie heeft ze evenwel verenigbaar verklaard met het EU-recht dat de lidstaten het recht niet ontzegt om maatregelen te nemen tegen mogelijk misbruik van rechten die voortvloeien uit het EU-recht. Controle van samenwoning verbieden, bemoeilijkt de strijd tegen schijnhuwelijken, wat de bedoeling van het Europees recht niet kan zijn<sup>571</sup>.

De mogelijkheid voor huwelijkspartners om om professionele redenen gedeeltelijk apart te wonen, zou kunnen worden verruimd tot derdelanders, mits de betrokkenen erin slagen aan te tonen dat ze niettemin een hechte huwelijksgemeenschap vormen. M. NYS verdedigt deze stelling en verwijst voor het bewijs naar de criteria die werden gehanteerd in het arrest-Kroon van het Hof voor de Mensenrechten: de duur van de relatie en de geboorte van kinderen<sup>572</sup>.

**406.** De beperktere controleduur en de vagere invulling van het begrip ‘samenwoning’ wijzen alvast uit dat met verschillende gewichten wordt gewerkt. Gezien de oppervlakkige controle is het goed denkbaar dat een domiciliëring op hetzelfde adres de feitelijke situatie kan verhullen. Het beginsel dat elke Lidstaat vrij is om zijn eigen beleid inzake verblijfsrecht te voeren, laat evenwel impliciet een dergelijk verschil in behandeling tussen EER-onderdanen en derdelanders toe. De strijd tegen schijnhuwelijken kan met alle middelen worden gevoerd, mits geen flagrante inbreuk wordt gepleegd op art. 8 of 12 E.V.R.M. De aard zelf van een schijnhuwelijk belet dat de onderlinge verhouding tussen de schijnpartners als familieleven in de zin van art. 8 of als een huwelijk in de zin van art. 12 wordt beschermd<sup>573</sup>. Slechts indien een kwalificatie als schijnhuwelijk wordt gesteund

<sup>571</sup> H.v.J. 7 juli 1992, Singh, *Jur. H.v.J.* 1992, I-4265; P. VAN NUFFEL, “Recht op gezinshereniging voor burgers van de Europese Unie en voor Belgen”, *T. Vreemd.* 1995, 22.

<sup>572</sup> M. NYS (2002), randnrs 490 en 747.

<sup>573</sup> E.C.R.M. nr. D 18643/91, 6 januari 1992, zaak-BENES t./ Oostenrijk, *D&R* nr. 72, 271; E.C.R.M. nr. 14112/88, zaak-Knaham t. V.K. van 14 december 1988, *D&R* 59, 265; Cass. 19 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 705, *R. Cass.* 1992, 131, noot P. SENAËVE; Antwerpen 4 mei 1999, 1998/A.R./151, *onuitg.*; Antwerpen 10 juni 1998, 1997/A.R./1820, *onuitg.*; Brussel 7 juni 1994, *T.B.B.R.* 1995, 377, noot J. ROODHOOFT; Antwerpen 17 oktober 1990, *T.B.B.R.* 1992, 355, noot J. ROODHOOFT. Een uitwijzing na schijnhuwelijk is verenigbaar met art. 8 en 12 E.V.R.M.: E.C.R.M. nr. 8615/79, zaak-X. t. V.K. van 13 juli 1979, *onuitg.*, *aangeh.* in EuGRZ 1981, 120; E.C.R.M. nr. 25050/94, zaak-Yavuz t. Oostenrijk, 16 januari 1996, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 27646/95, zaak-Ozdemir t. Oostenrijk 16 januari 1996, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 33597/96, zaak-Slimani t. Frankrijk van 9 april 1997, *onuitg.* Hierover R. PLENDER, *International migration law*,

op *criteria* die kennelijk ontoereikend zijn en de schijn onvoldoende is aangetoond, kan een schending van het E.V.R.M. worden hard gemaakt<sup>574</sup>.

**407.** Zoals reeds is gebleken, vindt het verschil in behandeling inzake controle niet zijn oorsprong in de nationaliteit van de huwelijkspartner die België wil binnenkomen. Wel geeft de nationaliteit van de rechtgevend partner die reeds wettig in België verblijft, de doorslag. Een derdelander die huwt met een Belg of andere EER-onderdaan, geniet een minder strenge samenwoningcontrole dan een derdelander die een andere derdelander huwt.

**408.** Bovenstaand onderscheid is evenwel te weinig genuanceerd. We gaven reeds aan dat ook 'economisch minder interessante EER-onderdanen' niet eenvoudig een zelfstandig recht op verblijf verwerven. Wegens de strenge (financiële) voorwaarden kunnen ze voordeel hebben bij een huwelijk met een Belg of hier rechtsgeldig verblijvende vreemdeling.

**409.** Voldoet een economisch niet-actieve EER-onderdaan aan de voorwaarden tot verblijf in België en huwt hij vervolgens met een derdelander of een evenmin bevoorrechte EER-vreemdeling, dan moet hij ook voor zijn partner dezelfde verblijfsvoorwaarden vervullen. Zoniet, dan zal gezinshereniging niet worden toegestaan en zal de betrokkene zijn gezinsleven buiten België moeten uitoefenen<sup>575</sup>.

**410.** Hierdoor ontstaat een vreemde situatie naar EU-recht. Enerzijds genieten alle EER-onderdanen zonder uitzondering ingevolge het Europese recht principieel gemakkelijker gezinshereniging dan derdelanders, aangezien een beperktere samenwoningcontrole plaatsvindt. Anderzijds bemoeilijkt het EU-recht de gezinshereniging met een 'economisch niet interessante' EER-vreemdeling die wettig verblijf houdt in België, m.n. door strenge binnenkomstvoorwaarden op te leggen, terwijl de echtgenoot van een derdelander met wettig verblijf in België

---

Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, 382.

<sup>574</sup> Cass. 19 maart 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 705, *Rec. Cass.* 1992, 128, noot P. SENAËVE; E.C.R.M., zaak-BENES t./ Oostenrijk, *D&R* 72, 271. De E.C.R.M. stelde dat elk land zelf zijn criteria kan opstellen om tot vernietiging te besluiten. De Commissie onderzocht slechts of die niet onevenredig waren: E.C.R.M. zaak-BENES t./ Oostenrijk, *D&R* 72, 271. In casu huwde een Tsjechoslovaakse een Oostenrijker met het oog op de nationaliteitsverwerving en woonden ze in Oostenrijk. In een eerdere vordering tot echtscheiding had de man opgeworpen dat het een schijnhuwelijk betrof. De procedure werd om die reden stopgezet en het O.M. stelde een vordering tot nietigverklaring van het huwelijk in. In toepassing van de nationale wet van de vrouw werd het huwelijk nietigverklaard. Tijdens de beroepsprocedure die ze had ingesteld, overleed haar echtgenoot. De vrouw vroeg een weduwnepensioen aan, maar werd dit geweigerd nadat haar beroep ongegrond werd verklaard. J. D'OLIVEIRA, *Het artefact van het schijnhuwelijk*, o.c., 56, meent evenwel dat de strijd tegen schijnhuwelijken getuigt van discriminatie op grond van nationaliteit. Met Hof Mensenrechten, arrest-Gaygusuz van 16 september 1996, is gebleken dat een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit moeilijk te rechtvaardigen is.

<sup>575</sup> Art. 52, § 1, laatste lid (de vreemdeling die een beroepswerkzaamheid heeft uitgeoefend), art. 54, §1, laatste lid (de restcategorie naar Europees recht), art. 55bis § 1 j° 55 § 1 (familie van een EER-student) en art. 68 j° art. 63 § 1, laatste lid (de restcategorie, ingesteld door de Vreemdelingenwet) Vreemdelingenbesluit.

onvoorwaardelijk recht op verblijf heeft.

**411.** Aangezien evenwel de bijzondere verblijfsregeling voor EER-onderdanen aanvullend is, kunnen de betrokkenen steeds de voorkeur geven aan de regeling voor derdelanders, als die voordeliger zou blijken te zijn<sup>576</sup>. Art. 40 Vreemdelingenwet stelt immers: “Onverminderd de bepalingen vervat in de verordeningen van de Raad en van de Commissie van de Europese Gemeenschappen *en de meer voordelige bepalingen waarop de EG-vreemdeling zou kunnen aanspraak maken*, zijn de hierna volgende bepalingen op hem toepasselijk (...)”.

**412.** Hieruit volgt dat het theoretische verschil in behandeling tussen EER-onderdanen in de praktijk niet tot een derde controlegroep aanleiding geeft. Een EER-onderdaan die tot één van de minder geprivilegieerde categorieën behoort en die niet aan de bestaansmiddelenvereiste voor zijn partner kan voldoen, wordt – zo veronderstellen we – in de praktijk inzake gezinshereniging ‘gedegradeerd’ tot derdelander. Deze vaststelling schijnt ons toe als een zoveelste aanwijzing dat de overheid – zowel de nationale als de Europese - inzake verblijf uiteindelijk met een en dezelfde maat werkt: die van het geld. De interne regelgever is niet bereid geweest de grenzen te openen voor alle Unieburgers. De controles worden slechts versoepeld in zoverre het vrije verkeer een garantie inhoudt van onafhankelijkheid van sociale steun en de rechtgevende op gezinshereniging in min of meerdere mate een garantie biedt voor het onderhoud van de nakomers, via zijn fortuin of zijn inkomen.

**413.** Een illustratie van twee bijkomende zwakke punten in de strijd tegen *schijnhuwelijken*. Geld speelt tevens op een tweede manier een rol in de omgang met huwelijken. Het kan een frauduleus oogmerk versluieren, door de aandacht te verleggen van het verblijfsoogmerk naar een fictief aanvaardbaar oogmerk om met oprechte bedoelingen de armoede te ontvluchten.

**414.** Een zakelijk huwelijk waarbij de partners daadwerkelijk samenleven, is geldig. Daarmee is eenieder het eens. Het is evenwel niet steeds even eenvoudig om zakelijkheid en schijn van elkaar te onderscheiden, ingeval het huwelijk wordt beëindigd kort nadat de buitenlandse partner een zelfstandige verblijfstitel heeft verworven<sup>577</sup>.

<sup>576</sup> M. VAN DE PUTTE, “Europese Unie-burgers en gelijkgestelden”, in M.C. FOLETS, B. HUBEAU e.a. (1999), 77; M. DE KOCK, J. DE CEUSTER, J. DE JONGHE en P. VAN NUFFEL, *De nieuwe verblijfsregeling voor vreemdelingen*, Antwerpen, Maarten Kluwers Internationale Uitgeversonderneming, 1982, 81, nr. 116.

<sup>577</sup> Zie hierover onze bijdrage “Over schijn, zaken en schijnbare zaken. De geldigheid van het zakelijke huwelijk herafgewogen tegen de nietigheid van het schijnhuwelijk”, *R.W.* 2001-2002, 145-153, met verwijzing naar Rb. Luik 19 mei 1988, *Rev. dr. étr.* 1988, afl. 50, 154, *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 539.

De Luikse rechtbank heeft in 1988 zijn kwalificatie van een huwelijk als zakelijk huwelijk grotendeels gesteund op het gegeven dat de man zich de moeite had getroost om de vrouw te gaan ophalen in haar land van verblijf. De ontmoeting d.m.v. een contactadvertentie wordt in het vonnis geenszins als verdacht bestempeld. De rechtbank lijkt integendeel uit de situatie van

**415.** Het is aangewezen om zich te hoeden voor een verschillende behandeling op grond van vermogen bij de *burgerrechtelijke* beoordeling van een huwelijk. Een zakelijk huwelijk is weliswaar geldig<sup>578</sup>. Dergelijk huwelijk is evenwel mede aangegaan met de doelstelling om een duurzame leefgemeenschap te vormen. Bij een snelle huwelijksontbinding en zeker bij een nog snellere beëindiging van de samenwoning dient de nodige waakzaamheid aan de dag te worden gelegd.

**416.** Licht mogelijk een oorzaak voor de moeilijke beoordeling van het onderscheid tussen een zakelijk huwelijk dat kort na de verwerving van een zelfstandig recht op verblijf op de klippen loopt, en een schijnhuwelijk, niet net in de opvallend snelle wijze waarop een huwelijk een onafhankelijk recht op verblijf geeft? De meeste<sup>579</sup> vreemdelingen die hun verblijf niet op een huwelijk steunen, verwerven hun zelfstandig recht op verblijf na drie jaar (door naturalisatie<sup>580</sup>) of na vijf jaar (door het ontstaan van een recht op verwerving van een vestigingstitel) ononderbroken, wettig verblijf. Een vreemdeling die zijn verblijf oorspronkelijk heeft gesteund op een huwelijk met een hier gevestigde vreemdeling of met een Belg, dient onmiddellijk na zijn binnenkomst een aanvraag tot vestiging in. Reeds na afloop van de samenwoningstcontrole van maximum zes maanden, ontvangt hij zijn identiteitskaart voor vreemdelingen. Ook als het huwelijk kort na afloop van de eerste zes maanden wordt ontbonden, geniet de partner recht op voortgezet verblijf in België.

**417.** Het kan verwonderen dat in een land met een restrictief vreemdelingenbeleid dermate soepel wordt omgesprongen met het verblijfsrecht van vreemdelingen wier band met België zich beperkt tot een verblijf van nauwelijks een half jaar en een mislukt huwelijk.

---

huwelijksbemiddeling door een derde af te leiden dat er geen simulatie in het spel kan zijn. O.i. kan echter evengoed blijken dat de contactadvertentie en het opzoeken van de vrouw in haar land van oorsprong een kunstgreep waren om het huwelijk in een wazige schijn van oprechtheid te hullen. Bovendien wordt goede trouw vereist in hoofde van beide partijen (Luik 15 februari 1999, 1997/AR/936, *onuitg.*; Antwerpen 1996/AR/3309, 20 mei 1997, *onuitg.*; Antwerpen 1996/AR/455, 22 oktober 1996, *onuitg.*; Brussel 30 maart 1995, A.J.T. 1994-95, 564; Brussel 9 maart 1995, A.J.T. 1994-95, 566; Antwerpen 21 april 1986, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 326; Rb. Luik 4 oktober 1947, J.L. 1947, 58). De rechter nam genoegen met het gegeven dat het de man was die de vrouw had opgezocht en niet omgekeerd, om tot de goede bedoelingen van de vrouw te besluiten.

<sup>578</sup> Brussel 10 februari 1998, 1996/A.R./1629, *onuitg.*; Brussel 20 mei 1981, *Rev. not.* 1982, 208; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 62; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Rb. Dendermonde 6 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1994, 213; Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1994, 75; Rb. Luik 17 november 1987 en 19 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 350; Rb. Bergen 21 februari 1986, *J.T.* 1987, 370; Rb. Gent 18 april 1983, *T. Vreemd.* 1983, 165; Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 265; J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 40.

<sup>579</sup> Bepaalde categorieën van vreemdelingen genieten reeds vroeger de mogelijkheid om zich in België te vestigen of om hun verblijf te waarborgen door een verwerving van de Belgische nationaliteit.

<sup>580</sup> Een naturalisatie wordt gemakkelijker bekomen gezien de opheffing van de integratietoets bij de laatste wetswijzing van 1 maart 2000. Niettemin blijft naturalisatie een gunst, geen recht.



**418.**In geen enkel buurland wordt even snel een zelfstandig recht op verblijf verworven door echtgenoten.

**419.**Naar Duits recht behoudt de nakomende partner na echtscheiding slechts zijn recht op verblijf indien de huwelijke samenwoning minstens vier jaar heeft standgehouden<sup>581</sup>.

Onder bepaalde voorwaarden, m.n. indien hij tewerkgesteld is en geen enkele veroordeling heeft opgelopen, kan de hij reeds na drie jaar huwelijk een recht op vestiging verwerven. In dat geval volstaat aldus drie jaar huwelijk om een zelfstandig recht op verblijf te verwerven<sup>582</sup>. Voor de echtgenoot van een Duits onderdaan volstaat drie jaar verblijf reeds mits hij de Duitse taal voldoende beheerst en geen gevaar vormt voor de openbare orde<sup>583</sup>.

Naar Nederlands recht wordt de verlenging van de verblijfstitel afhankelijk gesteld van een jaarlijkse samenwoonstcontrole<sup>584</sup>. Een zelfstandig recht op verblijf ontstaat na drie jaar, mits de vreemdeling binnen het jaar tewerkstelling vindt of de kinderopvang op zich neemt, of in uitzonderlijke omstandigheden<sup>585</sup>. Is de huwelijkspartner een Turks onderdaan, dan volstaat een totaal van één jaar tewerkstelling in Nederland<sup>586</sup>. Bij ontstentenis van tewerkstelling kan een zelfstandig verblijfsrecht ontstaan na vijf jaar verblijf, via de verwerving van een vestigingstitel, mits men over voldoende bestaansmiddelen beschikt en een controle in het licht van de openbare orde doorstaat<sup>587</sup>. Pas na tien jaar is de verwerving van een vestigingstitel aan geen enkele materiële voorwaarde meer gebonden<sup>588</sup>.

**420.**Het Engelse en Franse recht leunen inzake zelfstandig recht op verblijf iets dichter tegen de Belgische regelgeving aan.

Naar Engels recht wordt de echtgenoot van een gevestigde vreemdeling of van

<sup>581</sup> Art. 19(1) en (2) Ausländergesetz. Een uitzondering wordt toegestaan wanneer de echtscheiding is gesteund op mishandeling of wanneer de vreemdeling grote problemen in het land van oorsprong verwacht. In geval het huwelijk wordt ontbonden door het overlijden van de rechtgevendende partner, verwerft de vreemdeling onmiddellijk een zelfstandig recht op verblijf (art. 19 (1.3) A.G.).

<sup>582</sup> Art. 27(2) AG.

<sup>583</sup> Art. 25(3) AG. In andere hypothesen verleent het vestigingsrecht geen vervroegd recht op voortgezet verblijf. Voldoet de echtgenoot van een Duits onderdaan niet aan de genoemde voorwaarden, dan dient hij vijf jaar te wachten op zijn vestigingstitel. Het laatste geldt eveneens voor de echtgenoot van een gevestigde vreemdeling (art. 27(3) AG).

<sup>584</sup> Art. 11 Vreemdelingenwet en Vreemdelingencirculaire B-1.

<sup>585</sup> Vreemdelingencirculaire B-1/2.

<sup>586</sup> Dit laatste volgt uit de Association Council Decision nr. 1/80.

<sup>587</sup> Art. 13 Vreemdelingenwet en Vreemdelingencirculaire, punt A-4/7.7.2.

<sup>588</sup> S. PEERS, R. BARZILAY, K. GROENENDIJK, E. GUILD, *The legal status of persons admitted for family reunion. A comparative study of law and practice in some European states*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, Community relations, Directorate General III- Social Cohesion, 2000, 30.

een Brit na één jaar verblijf gemachtigd tot een zelfstandig recht op verblijf voor onbepaalde duur, nadat voorafgaandelijk de samenwoning, huisvesting en bestaansmiddelen aan een controle worden onderworpen<sup>589</sup>.

Naar Frans recht ontvangt de huwelijkspartner na één jaar samenwoning een zelfstandige verblijfstitel met een geldigheidsduur van tien jaar<sup>590</sup>. Na drie jaar verblijf kan bij wijze van gunst een recht op vestiging worden verleend<sup>591</sup>. Na vijf jaar verblijf heeft de echtgenoot, evenals elke andere vreemdeling recht om zich in Frankrijk te vestigen<sup>592</sup>.

**421.** Strikt genomen wordt de bestaande soepele verwerving bovendien geenszins opgelegd door de Belgische Vreemdelingenwet. De bepalingen inzake verwerving van een vestigingstitel, art. 15, 2°, 40 en 61 Vreemdelingenwet, verwijzen immers naar een bestaande huwelijkssituatie en geven geenszins de indruk dat los van het huwelijk een soepeler recht op voortgezet verblijf bestaat dan in de andere hypothesen van afhankelijk verblijfsrecht. Naar Europees recht vervalt de vestigingstitel met het verval van de titel van de echtgenoot of met het verval van de rechtsgrond voor die titel, o.i. dus ook met de ontbinding van de huwelijksband. Zijn bijkomende banden met België ontstaan, dan kan het verblijf natuurlijk steeds op een mogelijke nieuwe grond worden gesteund, zoals de uitoefening van een beroep, het familieleven (vnl. in geval er inmiddels schoolgaande kinderen zijn, in het kader van art. 9, derde lid Vreemdelingenwet), een vestigingstitel die is verworven na vijf jaar huwelijk<sup>593</sup>, een nieuwe relatie met een vreemdeling met wettig verblijf of met een Belg (met samenlevingscontract, op grond van de omzendbrief van 1997)...

**422.** Is dat niet het geval, dan is er o.i. geen enkele grond om een recht op voortgezet verblijf voor de ex-partner op te steunen.

**423.** Dit onverklaarbare gat in de gesloten migratiewetgeving opvullen, lijkt ons een efficiëntere manier om misbruik van het huwelijksinstituut aan te pakken, dan het zogenaamd preventieve beleid dat op burgerrechtelijk vlak tot een verdenking van haast elk gemengd huwelijk of huwelijk tussen vreemdelingen aanleiding geeft.

---

<sup>589</sup> C. VINCENZI & D. MARRINGTON, *Immigration Law, The Rules Explained*, London, Sweet&Maxwell, 1992, 87-100. Overlijdt de rechtgevende of is de echtscheiding gesteund op mishandeling van de vreemde partner, dan kan reeds eerder - bij wijze van gunst - een recht op voortgezet verblijf worden toegekend: Immigration Service Instructions, <http://www.opengov.uk>.

<sup>590</sup> Art. 15 (1) Ordonnance relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers, 2 november 1945, gewijzigd bij Wet van 11 mei 1998.

<sup>591</sup> Art. 14 Ord.

<sup>592</sup> Art. 15 Ord.

<sup>593</sup> Of reeds eerder, n.a.v. één van de kwalificaties die zijn opgesomd in art. 15 Vreemdelingenwet: voldoen aan de wettelijke voorwaarden (behalve de verblijfsvoorwaarde) tot nationaliteitsverwerving d.m.v. nationaliteitsverklaring of -keuze, de vrouw die n.a.v. haar huwelijk met een vreemdeling zijn nationaliteit heeft verkregen en de Belgische nationaliteit heeft verloren, de vrouw die automatisch de nieuwe nationaliteit van haar echtgenoot meeverwerft en daardoor haar Belgische nationaliteit is verloren.

**424.** We stonden in de derde toegangspoort stil bij de impulsen die het Europese recht daartoe geeft. Deze impulsen zijn beperkt.

**425.** Een aanname van het voorstel van Richtlijn inzake gezinshereniging bij een EER-onderdaan<sup>594</sup> in zijn huidige versie zou tot gevolg hebben dat een schijnhuwelijk in bepaalde omstandigheden niet met verwijdering kan worden gesanctioneerd.

Een EER-onderdaan die het land binnenkomt op grond van huwelijk met een verblijfhoudende EER-onderdaan zou ingevolge de Richtlijn van bij zijn inschrijving definitief recht op verblijf moeten genieten<sup>595</sup>, ook na vernietiging van het huwelijk, mits hijzelf vanaf het wegvallen van de gezinsband in zijn onderhoud kan voorzien (voldoende bestaansmiddelen of een eigen beroepswerkzaamheid) of als student is ingeschreven. De EER-onderdaan die vanaf de beëindiging van de gezinsband persoonlijk voldoet aan de vereisten die zijn rechtgevend gezinslid voorheen vervulde, zou m.a.w. zijn verblijf definitief gewaarborgd moeten zien<sup>596</sup>.

Deze regel is evenwel te verklaren in het licht van de regel dat EER-onderdanen steeds de mogelijkheid genieten om gebruik te maken van hun recht op vrij verkeer<sup>597</sup> en dit slechts kunnen worden geweigerd bij ernstige inbreuk op de openbare orde. Het aangaan van een schijnhuwelijk volstaat niet om te besluiten dat de betrokkene een blijvende bedreiging vormt voor de openbare orde<sup>598</sup>. In dit

<sup>594</sup> Voorstel van Richtlijn betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven. De meest recente versie van het voorstel dateert van 15 april 2003 (COM(2003) 199 definitief, 2001/0111 (COD)).

<sup>595</sup> Behoudens dan het feit dat hem pas na vier jaar verblijf (of in bepaalde omstandigheden reeds eerder) een duurzaam verblijfsrecht wordt toegekend, dat een langere afwezigheid met behoud van recht op terugkeer mogelijk maakt.

<sup>596</sup> duidelijk in die zin: toelichting bij art. 12.

<sup>597</sup> De richtlijn voor gezinshereniging bij een EER-onderdaan beoogt hiermee een eind te stellen aan de gelijke behandeling ongeacht de nationaliteit van de belanghebbende bij gezinshereniging. Niet enkel de nationaliteit van de gezinshereniger zal voortaan van belang zijn om het recht op verblijf te beoordelen. Deze opdeling draagt in beginsel onze goedkeuring weg: het heeft slechts zin om soepele regelingen te treffen in het licht van het recht op vrij verkeer, zolang deze regelingen een invloed kunnen hebben op dat recht. In dat licht genieten familieleden van EER-burgers, ongeacht hun eigen nationaliteit, vandaag een soepelere regeling inzake gezinshereniging. Komt evenwel een eind aan de familieband, juridisch of feitelijk, dan wordt het recht op vrij verkeer van de Unieburger er niet langer door beïnvloed. Om die reden voorziet het voorstel in een ongelijke behandeling van familieleden op grond van hun nationaliteit, zodra de vraag rijst naar een recht op voortgezet verblijf na beëindiging van het familieleven.

<sup>598</sup> Het Voorstel koppelt aan de verwijdering om redenen van openbare orde de voorwaarde dat de verwijdering wordt gesteund op persoonlijk gedrag dat een 'werkelijke en voldoende ernstige bedreiging voor een fundamenteel belang van de samenleving vormt. Het beginsel is immers dat "de verwijdering (ook als er redenen van openbare orde zijn) van een burger van de Unie of een familielid die een duurzaam verblijfsrecht geniet, of een minderjarig familielid dient te worden verboden" (overweging 22 en art. 25.2 Voorstel). Motiveringen die losstaan van het individuele geval of die verband houden met algemene preventieve redenen mogen niet worden aangevoerd. Het persoonlijke gedrag mag niet als een voldoende ernstige bedreiging worden aangemerkt wanneer de betrokken lidstaat geen strenge strafmaatregelen neemt ten aanzien van

verband volstaat het overigens om een schijnhuwelijk te sanctioneren door er de motieven voor weg te nemen: de betrokkene moet vanaf de beëindiging van de gezinsband persoonlijk voldoen aan de vereisten om toegelaten te worden tot het verblijf.

De aangestelde Commissie van het Europees Parlement beoogde de vereiste van financiële zelfstandigheid of een studentenstatuut te laten vallen en een onvoorwaardelijk recht op voortgezet verblijf toe te kennen, ongeacht de wijze waarop de gezinsband wordt beëindigd, *i.e.* ook bij echtscheiding of nietigverklaring van het huwelijk. We menen dat het haalbaarder zou zijn geweest indien het voorstel van dergelijke vrijstelling zou zijn gekoppeld aan de vereiste dat de betrokkene aantoonde inmiddels overtuigende *connections* te hebben met de Gaststaat (*connections approach*). In het andere geval wordt immers een zelfstandig verblijfsrecht verleend, zonder dat een toepassing van art. 8 E.V.R.M. daartoe noodzaakt. Dergelijke maatregel brengt mogelijk vele kosten met zich mee (in geval van steunbehoefte van de begunstigden) en vergroot overigens het risico op schijnhuwelijken die, zoals gezegd, moeilijk te bestrijden zijn. O.i. kan het *connections*criterium een preventieve maatregel zijn in de strijd tegen schijnhuwelijken.

Het voorstel is niet overgenomen door de Commissie.

Overlijdt de Unieburger-gezinshereniger van een derdelander alvorens deze recht heeft op zelfstandig verblijf (ten laatste na vier jaar), dan moet het gezinslid zijn verblijf eveneens steeds kunnen voortzetten. Bij het vertrek van de rechtgevende zou een recht op voortgezet verblijf voor het familielid dat geen EU-onderdaan is, evenwel slechts moeten worden verstrekt als hij de zorg heeft over minderjarige kinderen die in het betrokken land wonen en studeren op secundair of post-secundair niveau<sup>599</sup>. Bij scheiding of nietigverklaring van het huwelijk of beëindiging van het partnerschap of de beschermde buitenhuwelijkse

---

dezelfde gedragingen wanneer deze door zijn eigen onderdanen aan de dag worden gelegd". De administratie zal m.a.w. geloofwaardig moeten maken dat uit het gedrag van de vreemdeling voldoende overtuigend blijkt dat hij ook in de toekomst een bedreiging blijft vormen. Zolang schijnhuwelijken in België niet strafrechtelijk worden vervolgd, lijkt het voorstel niet toe te laten dat de partner die voordeel heeft bij het verblijf wordt verwijderd. Het Voorstel bepaalt niet dat de toekenning van een duurzaam verblijfsrecht afhankelijk wordt gesteld van een samenwoningcontrole. Er wordt slechts nagegaan of het huwelijk gedurende een verblijf van vier jaar is blijven voortbestaan. De hypothese van een schijnhuwelijk, waarbij nauwelijks of niet sprake is geweest van samenwoning is m.a.w. denkbaar.

Het is de vraag of dergelijk bewijs geleverd kan worden wanneer de betrokkene zijn doel, m.n. toelating tot het verblijf, eenmaal heeft bereikt. Zolang dat verblijf hem niet wordt ontnomen, wijst niets erop dat hij opnieuw zou overgaan tot frauduleuze handelingen, tenzij hem andere vergrijpen, zoals mensenhandel, kunnen worden aangewreven. Wordt een verwijderingsbeslissing louter gemotiveerd met de stelling dat het huwelijksrecht is afgewend van zijn doelstelling en dat zulks volstaat om te besluiten tot een schending van de openbare orde, dan rijst de vraag waarom voorheen niet systematisch huwelijken werden nietigverklaard die werden aangegaan met het loutere oogmerk om een kind het statuut van huwelijks kind te verlenen, en waarom in het afstammingsrecht vooralsnog zelden wordt opgetreden tegen schijnerkenningen.

<sup>599</sup> Deze bescherming steunt op rechtspraak van het Hof van Justitie en geldt dus reeds vandaag: H.v.J., zaak-Baumbast, C-413/99, 17 september 2002.

relatie, moet het gezinslid zijn verblijf minstens kunnen voortzetten indien de relatie aan het begin van de gerechtelijke procedure of bij de beëindiging van het partnerschap minstens twee jaar heeft geduurd, waarvan een jaar in het gastland, of wanneer hem de verzorging van het kind is toevertrouwd of als hij zich in een bijzonder schrijnende situatie bevindt, "bijvoorbeeld lichamelijk of geestelijk geweld binnen het gezin, of om humanitaire redenen".

In de drie genoemde situaties dient de derdelander na vier jaar verblijf een duurzaam verblijfsrecht te kunnen verwerven als hij een economische activiteit uitoefent, over voldoende bestaansmiddelen en een ziekteverzekering beschikt of familielid is van een persoon die aan één van die voorwaarden voldoet.

Personen die als werknemer of zelfstandige hebben gewerkt in de gaststaat en hun familieleden, moeten in bepaalde omstandigheden reeds eerder een zelfstandig verblijfsrecht kunnen verwerven<sup>600</sup>.

Zoals gezegd zijn dit minimumvereisten en kunnen de Lidstaten een gunstigere regeling handhaven of instellen.

Ook te hunner behoefte bepleitte de aangestelde Commissie in het Europees Parlement – tevergeefs – een afschaffing van de middelenvereiste. Voorwaarden inzake verblijfsduur voorafgaandelijk aan het overlijden, worden niet gesteld. We menen, zoals we hierboven uiteenzetten, ook hier dat een *connection*stoets zou getuigen van een realistischer verblijfsbeleid.

Een louter feitelijke scheiding beëindigt het recht op verblijf niet. Dit volgt uit Europese rechtspraak die de samenwoningstcontrole beperkt tot de controle of de betrokkenen in dezelfde Staat verblijven<sup>601</sup>. We menen evenwel dat het recht op voortgezet verblijf eveneens gedurende ruimere tijd zou moeten worden ondergeschikt aan een bewijs van voortgezette effectieve samenwoning of, bij ontstentenis daarvan, van voldoende andere aanwijzingen dat de gezinsband effectief wordt beleefd. De Raad van State bevestigt vandaag alvast dat binnen de huidige termijn van de samenwoningstcontrole (zes maanden) op die manier

<sup>600</sup> De voormalige werknemer of zelfstandige en zijn gezinsleden verwerven reeds vroeger een zelfstandig verblijfsrecht als de betrokkenen 60 jaar oud is of pensioensgerechtigd of niet langer werkt t.g.v. een regeling van vervroegde uittreding, mits hij de laatste twaalf maanden gewerkt en de laatste drie jaar gewoond heeft in het gastland. Deze termijnen gelden niet als zijn echtgenoot of partner onderdaan is van de betrokken staat of de nationaliteit van het gastland verloor door huwelijk. Een vroeger zelfstandig verblijfsrecht volgt ook bij staking van het werk t.g.v. blijvende arbeidsongeschiktheid na twee jaar verblijf. Bij staking van werkzaamheid n.a.v. een arbeidsongeval of beroepsziekte of indien de echtgenoot of partner de nationaliteit van het gastland heeft of verloor door huwelijk, geldt geen termijnvereiste. Ook na drie jaar werk en verblijf in de gaststaat of werk in een andere lidstaat maar behoud van de woning in de gaststaat en minstens een terugkeer per week, wordt een vervroegd recht op zelfstandig verworven. Overlijdt de werknemer of zelfstandige tijdens het arbeidsleven, dan geniet de familie een duurzaam verblijfsrecht mits de werknemer of zelfstandige minstens een jaar in het gastland heeft verbleven, of is overleden t.g.v. een arbeidsongeval of beroepsziekte of indien de overlevende echtgenoot voorheen de nationaliteit van het gastland had, maar is verloren t.g.v. zijn huwelijk met de werknemer of zelfstandige.

<sup>601</sup> O.m. H.v.J., arrest-Diatta.

tewerk wordt gegaan.

**426.** De richtlijn inzake het recht op gezinshereniging bij een derdelander<sup>602</sup> stelt geen verplichting in voor alle Lidstaten om een regeling van afhankelijke verblijfstitels in te voeren. Het bevat nog slechts een beperking op de mogelijkheid om dergelijke regeling in te stellen. Het voorstel bepaalt dat een zelfstandig verblijfsrecht ten laatste na vijf jaar moet worden verstrekt aan de partner<sup>603</sup> en de inmiddels meerderjarig geworden kinderen van derdelanders, voor zover de familiebanden blijven bestaan<sup>604</sup>. De Lidstaten zouden zelf kunnen blijven bepalen of en wanneer ze een zelfstandig verblijfsrecht toekennen aan de ascendenten en meerderjarige kinderen die gezinshereniging hebben genoten<sup>605</sup>.

Bij een wijziging in de gezinssituatie (overlijden of (echt-)scheiding) beoogt de Richtlijn, i.t.t. zijn oorspronkelijke ontwerp, niet om de Staten tot een regeling inzake voortgezet verblijf te verplichten. Ze kunnen daartoe in beginsel zelf de voorwaarden bepalen. Slechts in geval van moeilijke omstandigheden verplicht de Richtlijn hen om in een wettelijke waarborg van machtiging tot zelfstandig verblijf te voorzien<sup>606</sup>. Deze verplichting strekt ertoe vrouwen te beschermen die het slachtoffer zijn van geweld in het gezin, om te voorkomen dat zij n.a.v. hun besluit om het gezin te verlaten dubbel zouden worden benadeeld door de intrekking van hun verblijfstitel. De bepaling kan, luidens de toelichting, ook gelden voor vrouwen die weduwe zijn, uit de echt gescheiden of verstoten, en die in 'buitengewoon moeilijke' omstandigheden terecht zouden komen als zij verplicht zouden worden om naar hun land van herkomst terug te keren. Dergelijke bescherming vindt vandaag reeds toepassing in de Nederlandse regeling van de afhankelijke verblijfstitel.

We leiden uit de Richtlijn af dat de huidige Belgische regeling, waarbij het verblijf van het gezinslid van een derdelander reeds na een jaar verblijf definitief is gewaarborgd, behoudens ernstige redenen van openbare orde, in beginsel kan worden gehandhaafd. De Richtlijn bevat nog slechts een maximumwachtermijn en geen minimumwachtermijn<sup>607</sup>.

<sup>602</sup> Richtlijn van de Raad van 29 juli 2003 inzake het recht op gezinshereniging, 10502/2/03 REV 2, 1999/0258 (CNS), MIGR 49.

<sup>603</sup> Het recht moet slechts aan buitenhuwelijkse partners worden verleend voor zover het interne recht van de betreffende Lidstaat de situatie van gehuwden en ongehuwde partners gelijkstelt. Dat is vooralsnog in geen enkele Lidstaat het geval. Gezien de opgang van het homo-huwelijk, en de daaruit volgende mogelijkheid voor eenieder om te huwen, zal dergelijke evolutie o.i. nog langer uitblijven. Wél voorziet de Nederlandse verblijfsregeling reeds expliciet in een gelijkstelling.

<sup>604</sup> Art. 13 Voorstel. Door de hantering van de term 'uiterlijk' lijkt de vrees, geuit door ILPA, o.c., 5, dat voordien geen onafhankelijk verblijfsrecht zou kunnen worden verstrekt, ongegrond.

<sup>605</sup> Zoals we voorheen reeds aangaven betreft het de ascendenten ten laste van de gezinshereniger of diens partner die geen enkele andere gezinssteun hebben in het land van herkomst en de ongehuwde meerderjarige kinderen van de gezinshereniger of zijn partner, die wegens hun gezondheidstoestand niet in staat zijn zelf in hun levensbehoeften te voorzien: art. 5, eerste lid, d en e Voorstel.

<sup>606</sup> Art. 15.3 Richtlijn.

<sup>607</sup> Zie ook algemeen art. 3.5: de Lidstaten kunnen steeds soepelere bepalingen instellen of handhaven. De Richtlijn wenst tevens geen afbreuk te doen aan voordeligere regelingen in

Met deze herziening van het aanvankelijke voorstel voor een gezinsherenigingsresolutie wordt opnieuw een belangrijke kans onbenut gelaten om de preventieve strijd tegen schijnhuwelijken binnen het verblijfsrecht efficiënter te maken en tevens te harmoniseren.

**427.** We staan vervolgens nader stil bij het huidige preventieve beleid en bij enkele pijnpunten die in dat verband rijzen.

**- Onbillijke behandeling bij het preventieve onderzoek naar schijnhuwelijken**

**428.** De wetgever heeft het nuttig bevonden om preventieve actie te voeren tegen schijnhuwelijken. Kan worden aangetoond dat een huwelijkskandidaat kennelijk frauduleuze doelstellingen heeft, dan wordt de huwelijksluiting best geweigerd. Het is evenwel de vraag hoe fraude kan worden aangetoond, zolang op de partners nog geen huwelijksverplichtingen rusten. Het is in dat opzicht belangrijk dat de weigering van een ambtenaar van de burgerlijke stand om een huwelijk te voltrekken afdoende wordt gemotiveerd<sup>608</sup>.

Enkele recente uitspraken van de Brusselse, Hasseltse, Kortrijkse en Oudenaardse rechtbank van eerste aanleg wijzen uit dat dat heden nog niet systematisch gebeurt. Soms wordt zonder verdere uitwijding verwezen naar het advies van de Procureur des Konings<sup>609</sup>. Dit schendt het tegensprekelijke karakter van de procedure<sup>610</sup>. Soms wordt de expliciete motivering beoordeeld onvoldoende overtuigend te zijn<sup>611</sup>.

---

toepassing van overeenkomsten van de E.G. of haar lidstaten enerzijds en derde landen anderzijds, op grond van 113 en 238 E.G.-verdrag (huidig art. 3.4 Voorstel). Deze regelingen blijven m.a.w. van toepassing. Ook kunnen de Lidstaten steeds soepelere regelingen aannemen.

<sup>608</sup> O.m. Rb. Brussel 25 juni 2001, A.R. 2001/5739/A, *onuitg.*; Rb. Brussel 12 maart 2001, *J.L.M.B.* 2002, 645. Hetzelfde geldt voor de nietigverklaring op grond van schijnhuwelijk, en voor de weigering van verblijf op grond van schijnhuwelijk. Voor dat laatste: zie o.m. R.v.St. 12 februari 2002, *T. Vreemd.* 2002, 182: de minister van Binnenlandse Zaken schendt zijn formele motiveringsplicht door een positief advies van de Commissie van Advies, waarin wordt gesteld dat uit de korte samenwoning van twee huwelijkspartners niet kan worden afgeleid dat het een schijnhuwelijk betreft, aan de kant te schuiven en in zijn motivering uitsluitend te verwijzen naar de draagwijdte van art. 10 Vreemdelingenwet en de korte periode van samenwoning. De Turkse man was drie maanden na het huwelijk naar België gekomen en had negen maanden samengewoond met zijn Turkse vrouw die sinds 1977 in België was gevestigd. De Commissie van Advies voor Vreemdelingen bevond het verzoek tot herziening gegrond. De minister verwierp het verzoek evenwel. Doel van art. 10 Vreemdelingenwet is schijnhuwelijken te vermijden en tevens de nieuwe immigratie te beperken tot personen die een effectief familieleven hebben. Er was niet voldoende gemotiveerd waarom het andersluidende advies van de Commissie voor advies niet was gevolgd.

<sup>609</sup> Kort Ged. Oudenaarde 18 oktober 2001, nr. 01/174/C, *onuitg.*, met verwijzing naar Rb. Brussel 12 juli 2001, AR 01/5387/A, *onuitg.*

<sup>610</sup> Zie ook: Rb. Brussel 12 juli 2001, A.R. 01/5387/A, *onuitg.*; J. SOSSON, "Le mariés de l'an 2000", *J.T.* 2001, 654, nr. 19.

<sup>611</sup> Rb. Kortrijk 8 februari 2001, A.R. 00/2279/A, *onuitg.* Voor een gelijkaardige afwijzing van de motivering van de ambtenaar van de burgerlijke stand: Rb. Kortrijk 30 november 2000, A.R. 00/838, *onuitg.*

**429.** De gronden waarop een weigering om het huwelijk te voltrekken kunnen worden gesteund zijn op niet-exhaustieve wijze beschreven in de Omzendbrief van 17 december 1999<sup>612</sup>. Het betreft onder meer de vaststelling dat de partners elkaar niet of nauwelijks kennen vóór de huwelijkssluiting<sup>613</sup>, het feit dat de partijen elkaars naam of nationaliteit niet kennen<sup>614</sup>, dat een van de aanstaande echtgenoten niet weet waar de andere werkt<sup>615</sup>, dat ze niet met elkaar kunnen praten<sup>616</sup>, dat een onderhandelaar of tolk is tussengekomen<sup>617</sup>, dat de verklaringen van de beide partners (bijvoorbeeld omtrent de omstandigheden van de ontmoeting) manifest uiteenlopen<sup>618</sup>, dat één van hen de woonst vrijwel onmiddellijk na het huwelijk verlaat<sup>619</sup> of kort na het huwelijk een verzoek indient tot echtscheiding<sup>620</sup>, dat ongeoorloofde geldelijke voordelen worden beloofd of verstrekt<sup>621</sup>, of nog, dat een van de partijen duurzaam samenleeft met een

<sup>612</sup> Omz. van 17 december 1999 inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, B.S. 31 december 1999.

<sup>613</sup> Rb. Antwerpen 15 januari 2002, A.R. 01/3027/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3357/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3092/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1161/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 18 april 2001, A.R. 00/7458/A, *onuitg.*; Cass. 23 februari 1995, E.J. 1995, 71, noot J. ROODHOOFT, R. Cass. 1995, 230, noot W. WAUTERS en K. WAUTERS-LAMBEIN, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 37, R.C.D.I.P. 1996, 307, noot M. FALLON; Luik 26 april 1993, J.T. 1994, 536; Antwerpen 9 januari 1996, T. *Vreemd.* 1996, 71; Brussel 7 juni 1994, T.B.B.R. 1995, 377; Brussel 1 februari 1994, J.L.M.B. 1994, 268.

<sup>614</sup> Rb. Brussel 19 november 1999, J.T. 2000, 667.

<sup>615</sup> Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3357/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/241/C, *onuitg.* (poetsvrouw versus dienstster); Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1582/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 18 april 2001, A.R. 00/7458/A, *onuitg.*; Kort ged. Antwerpen 17 april 2001, A.R. 01/490/A, *onuitg.*

<sup>616</sup> Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3357/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/804/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1582/A, *onuitg.*; Kort ged. Antwerpen 17 april 2001, A.R. 01/490/A, *onuitg.*; Gent 1995/AR/296, 9 januari 1998, *onuitg.*; Antwerpen 1996/AR/3308 en 1996/AR/3342, 4 november 1997, *onuitg.*; Rb. Dendermonde 20 oktober 1994, T. *Vreemd.* 1995, 162.

<sup>617</sup> Antwerpen 18 november 1997, 1996/A.R./3439, *onuitg.*; Brussel 1 februari 1994, J.L.M.B. 1994, 268; Antwerpen 31 oktober 1990, T.B.B.R. 1992, 358-360, noot J. ROODHOOFT; Rb. Brussel 1 juni 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 50. Zie ook een vermoeden in die zin in Kort Ged. Brussel 18 februari 2002, A.R. 2001/14.462/A, *onuitg.* (cf. *infra*).

<sup>618</sup> Rb. Antwerpen 15 januari 2002, A.R. 01/3027/A, *onuitg.*; Kort Ged. 29 november 2001, A.R.K. 01/1005/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3092/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/2168/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/804/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/1795/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1582/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 18 april 2001, A.R. 00/7458/A, *onuitg.*; Kort ged. Antwerpen 17 april 2001, A.R. 01/490/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 00/1185/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 01/16/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 9 januari 2001, A.R. 00/898/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 14 november 2000, A.R. 00/5044/A en 00/5282/A, *onuitg.*; Rb. Brussel 19 november 1999, J.T. 2000, 667.

<sup>619</sup> Antwerpen 1996/AR/3309, 20 mei 1997, *onuitg.*; Antwerpen 9 januari 1996, T. *Vreemd.* 1996, 71; Brussel 9 maart 1995, A.J.T. 1994-95, 566.

<sup>620</sup> Brussel 7 december 1995, J.T. 1996, 224.

<sup>621</sup> O.m. Kort Ged. Antwerpen 28 juni 2001, A.R.K. 01/473/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1161/A, *onuitg.* (wordt beweerd door een anonieme brievenschrijver); Kort Ged. Antwerpen 30 juni 2000, A.R. 00-2197-A, *onuitg.*; Antwerpen 4 mei 1999, 1998/A.R./151, *onuitg.*; Antwerpen 16 juni 1998, 1995/A.R./447, *onuitg.*; Antwerpen 18 november 1997, 1996/A.R./3439,



derde<sup>622</sup>.

Ook prostitutie kan in de termen van de Omzendbrief een vermoeden opleveren<sup>623</sup>. Daarmee is evenwel niet gezegd dat het een voldoende grond voor nietigverklaring oplevert. Dergelijke stelling zou onverenigbaar zijn met art. 12 E.V.R.M.<sup>624</sup>. Men zal dan ook voorzichtig omgaan met dit element dat louter een aanvullende functie vervult. Correct lijkt ons de rechtspraak die het element in zijn motivering opnam nadat de vrouw daar zelf om had verzocht<sup>625</sup>. Rechtspraak die hierin verder gaat<sup>626</sup>, ziet mogelijk de garantie vervat in art. 12 E.V.R.M. over het hoofd.

De prostitutie wordt als activiteit bovendien ook best tot haar juiste proporties herleid. Is de activiteit bijvoorbeeld verweven in een netwerk van internationale mensenhandel, dan spreekt het voor zich dat beide elementen in de overwegingen kunnen meespelen, elk op eigen wijze<sup>627</sup>. Als losstaand gegeven hoeft prostitutie evenwel niet noodzakelijk een overtuigingselement te zijn, ook niet als de betrokkene aangeeft dat ze de activiteit niet zal stopzetten na de huwelijksluiting.

**430.** Ook het argument van het grote leeftijdsverschil<sup>628</sup> hoeft niet beslissend te zijn, en kan worden herleid tot een criterium om de mentale rijpheid van beide partners te beoordelen<sup>629</sup>. Deze rijpheid wordt onweerlegbaar vermoed ten

---

*onuitg.*; Gent 1995/AR/412, 11 april 1997, *onuitg.*; Antwerpen 1996/AR/455, 22 oktober 1996, *onuitg.*; Brussel 7 juni 1994, *T.B.B.R.* 1995, 377; Rb. Dendermonde 20 oktober 1994, *T. Vreemd.* 1995, 162.

<sup>622</sup> Verhouding sinds vier jaar met een ander, zonder samenwoning evenwel: Kort Ged. Antwerpen 18 april 2001, A.R. 00/7458/A, *onuitg.*

<sup>623</sup> Nl. als versterkend element. Zie in dezelfde zin Omz. 1 juli 1994 (opgeheven); Omz. van 17 december 1999, *I.c.*; Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer* 1998-99, 1991/3, 24. Zie in dezelfde zin: Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van de Belgische nationaliteit wat de naturalisatieprocedure betreft, Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 1334/11, 9-10.

<sup>624</sup> Zie ook Advies van de Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1998-99, nr. 1-512/2; Commissieverslag, algemene bespreking, *Parl. St. Senaat* 1998-99, nr. 1-512/6, 2.

<sup>625</sup> Luik 17 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 347; Gent 26 april 1973, *R.W.* 1973-74, 1886.

<sup>626</sup> O.m. Kort Ged. Antwerpen 28 juni 2001, A.R.K. 01/473/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/241/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 30 juni 2000, A.R. 00-2197-A, *onuitg.*

<sup>627</sup> Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/1146/A, *onuitg.*: heeft gewerkt als prostituee; verblijft illegaal; eiseres gekend onder verschillende identiteiten; veroordeeld wegens mensenhandel-prostitutie; reeds vroeger huwelijk nietigverklaard wegens schijn; eiseres wordt door eiser tijdens interview aangesproken als 'Madame Rose', haar prostitutienaam.

<sup>628</sup> O.m. Kort Ged. Antwerpen 28 juni 2001, A.R.K. 01/473/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/2182/A, *onuitg.* (tevens ontmoeting in een ontmoetingscafé voor oudere vrouwen); Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/2168/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/804/A, *onuitg.*; Antwerpen 25 april 2001, 2000/AR/269, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 00/1185/C, *onuitg.*; Antwerpen 7 februari 2001, 1999/AR/3250, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 26 januari 2001, A.R. 99-5979-A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 14 november 2000, A.R. 00/5044/A en 00/5282/A, *onuitg.*; Rb. Nijvel 17 oktober 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 647. Zie ook volgende dagvaarding door de Hasseltse P.K.: Ref. P. 98/2000.

<sup>629</sup> Zie ook: groot leeftijdsverschil en feit dat één van partners een bevel om het grondgebied te verlaten kon verwachten is niet voldoende: R.v.St. (Ndl.) 23 februari 1981, RV 1981, 19. In dezelfde zin: S. SAROLEA, "Le mariage simulé en droit international privé", *Rev. trim. dr. fam.*

aanzien van elke handelingsbekwame persoon<sup>630</sup>, behoudens bij bewijs van dwang (*cf. supra*).

**431.** De ambtenaar van de burgerlijke stand kan zich bij zijn weigeringsbeslissing onder meer steunen op - al dan niet nagetrokken - verklaringen van de aanstaande echtgenoten zelf, verwanten of nauw betrokken personen, op bepaalde geschriften en op onderzoeken door politiediensten<sup>631</sup>.

Worden beide partners niet door dezelfde interviewer ondervraagd, dan bestaat het gevaar dat aan eenzelfde verklaring door de ene interviewer een andere draagkracht wordt verleend dan door de andere. We kunnen dan ook de suggestie van enkele advocaten die we hierover contacteerden bijtreden dat niet alleen de antwoorden, maar ook de vragen woordelijk in het verslag zouden worden genoteerd, en dat de interviews bij de behandeling van het verhaal steeds ter controle zouden worden voorgelegd.

**432.** Op de onderzoekstechnieken van de ambtenaar kan soms kritiek rijzen. De regeling bij omzendbrief begaat o.i. een inbreuk op art. 8 E.V.R.M. waar ze toelaat dat de ambtenaar zich steunt op onderzoeken verricht door de politiediensten. Is dergelijk onderzoek al toelaatbaar in het kader van een strafdossier, dan nog is er geen wettelijke basis voor in het kader van een burgerlijke rechtshandeling<sup>632</sup>.

**433.** Algemeen gesteld komt het ons voor dat de overtuigingskracht in de motivering van bepaalde vonnissen wordt afgezwakt doordat er elementen in worden opgenomen die weinig of niet relevant lijken voor de vraag of het voorgenomen huwelijk al dan niet een schijnhuwelijk is. We beseffen evenwel dat rechters in hun beoordeling van een concrete situatie alle vaststellingen wensen op te nemen die een twijfel kunnen doen rijzen<sup>633</sup>. Misschien zou de oplossing hierin kunnen liggen dat men in vonnissen en arresten m.b.t. deze gevoelige materie twee soorten gegevens duidelijker van elkaar zou onderscheiden:

---

1995, 28.

<sup>630</sup> Zie evenwel: Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 00/1185/C, *onuitg.*: "niet alleen zeer jong, maar ook naiëf en goedgevolg"; Kort Ged. Antwerpen 18 april 2001, A.R. 00/7458/A, *onuitg.*: "geen volwassen indruk"; Rb. Brussel 25 juni 2001, A.R. 2001/5739/A, *onuitg.*, beschouwde het grote leeftijdsverschil als een element 'permettant de douter de la sincérité de la volonté des époux d'établir entre eux un projet de vie commune'. Zie ook volgende bevestigingen van een nietigverklaring van het huwelijk op grond van veinzing: Antwerpen 25 april 2001, 2000/AR/269, *onuitg.*: het frequenteren van buitengewoon secundair onderwijs wijst op de geestelijke onbekwaamheid van de echtgenote om te huwen. Haar vader had in een huwelijk met haar neef een oplossing gezien om haar dicht bij zich te houden; Luik 27 juni 2001, 1999/RG/436, *onuitg. Contra*: Rb. Luik 22 september 2000, *J.L.M.B.* 2001, 950.

<sup>631</sup> Omz. 17 december 1999, *I.c.*

<sup>632</sup> Zie o.m. S. SAROLEA, "Le mariage simulé en droit international privé", *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 28.

<sup>633</sup> We wensen erop te wijzen dat ons rechtspraakrepertorium grotendeels is samengesteld met uitspraken die ons zijn verstrekt door de rechtbank en het parket van Antwerpen. De hiernavolgende overwegende verwijzing naar uitspraken van deze rechtbank kan m.a.w. niet worden beschouwd als een teken dat vonnissen van andere rechtbanken niet als illustratie zouden kunnen dienen.

enerzijds de randgegevens die het feitenkader uiteenzetten en anderzijds de doorslaggevende elementen. Loutere randgegevens zijn o.i. een verwijzing naar de illegale verblijfssituatie<sup>634</sup>, de vermelding dat een asielerzoek<sup>635</sup> of regularisatieverzoek<sup>636</sup> van de partner is afgewezen, de verwijzing naar het al dan niet reeds plaatsgevonden hebben van een voorafgaande religieuze huwelijksplechtigheid<sup>637</sup>, de al dan niet betaling van een bruidsprijs<sup>638</sup>, het strafrechtelijke verleden van één van de partners<sup>639</sup> of het gebruik van een valse

<sup>634</sup> Deze vermelding krijgt vandaag soms een dubbelzinnige rol in de uitspraak toebedeeld: zie bv. Kort Ged. Antwerpen 29 juni 2000, A.R. 00/2969/A, *onuitg.*: “dat bovendien tweede eiseres verklaart dat de reden waarom ze zo vlug trouwen enkel te wijten is aan het feit dat eerste eiser daardoor in België zou kunnen blijven want dat indien eerste eiser hier zou kunnen blijven zonder te trouwen, zij niet zouden trouwen. Overwegende dat deze verklaring voor geen interpretatie vatbaar is maar zeer duidelijk is. Dat het eiser er enkel om te doen is in België te kunnen blijven; dat eisers geen duurzame levensgemeenschap willen vormen maar enkel het huwelijk gebruiken teneinde hier te kunnen blijven”; Kort Ged. Antwerpen 30 juni 2000, A.R. 00-2197-A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 14 november 2000, A.R. 00/5044/A en 00/5282/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 9 januari 2001, A.R. 00/898/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 01/16/A, *onuitg.*; Kort ged. Antwerpen 17 april 2001, A.R. 01/490/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1582/A, *onuitg.* (huwelijksplannen toen duidelijk werd dat de verblijfstitel niet zou worden verlengd); Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1161/A, *onuitg.* (studies opgegeven); Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/804/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/1795/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/2168/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/241/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/1146/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3162/A, *onuitg.*; Kort Ged. 29 november 2001, A.R.K. 01/1005/C, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 15 januari 2002, A.R. 01/3027/A, *onuitg.* Zie ook volgende dagvaarding door de Hasseltse procureur in het kader van een vordering tot nietigheidsverklaring: Ref. P. 115/2001: “dat werd afgesproken dat er voor de ambtenaar van de burgerlijke stand reeds een huwelijk zou worden afgesloten om te vermijden dat (de echtgenoot) naar Turkije zou dienen terug te keren”.

<sup>635</sup> Kort Ged. Antwerpen 30 juni 2000, A.R. 00-2197-A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 14 november 2000, A.R. 00/5185/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 01/16/A, *onuitg.* Oneigenlijk gebruik studentenvisum of visum gezinshereniging : Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3357/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 9 januari 2001, A.R. 00/898/C, *onuitg.*

<sup>636</sup> Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/1795/A, *onuitg.*: *in casu* vier opeenvolgende verzoeken.

<sup>637</sup> Deze verwijzing wekt o.i. in o.m. volgende uitspraken verwarring: Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3357/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 01/16/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/804/A, *onuitg.*

<sup>638</sup> Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1161/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 15 mei 2001, A.R. 01/1582/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/1795/A, *onuitg.*

<sup>639</sup> Rb. Antwerpen 15 januari 2002, A.R. 01/3027/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen A.R. 01/498/A van 20 september 2001, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/1146/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 9 januari 2001, A.R. 00/898/C, *onuitg.* Zie ook de vermelding dat de partner reeds meermaals in contact is gekomen met Justitie: Rb. Mechelen 9 november 2000, 00/1454/A, *onuitg.*, en de vermelding dat de echtgenote als drugsverslaafde een gemakkelijk slachtoffer is voor vreemdelingen met een frauduleus oogmerk: Rb. Mechelen 18 maart 1999, A.R. 99/106/A, *onuitg.*

Bepaalde advocaten beweren dat soms slordig wordt omgesprongen met de vermelding van het strafrechtelijk verleden van de betrokkenen. In de conclusies bij de zaak die werd behandeld door Rb. Antwerpen 15 januari 2002, A.R. 01/3027/A, *onuitg.*, bv. haalde de raadsheer aan dat slechts enkele van de genoemde veroordelingen daadwerkelijk zouden hebben plaatsgevonden. In één zaak was betrokkene niet gehoord als dader, maar als slachtoffer. Een andere zaak was geseponeerd wegens onvoldoende bewijzen. Een bewijs van goede zeden werd aangereikt om een beweerd veroordeling wegens diefstal van de tweede concludante te weerleggen. Inzage in het onderzoek van het O.M. werd niet verleend. Uit bepaalde kopies zou blijken dat het dossier onzorgvuldig werd opgemaakt. Uit een bepaald strafdossier zou bovendien blijken dat betrokkene

identiteit<sup>640</sup>.

### - Aandachtspunten bij de vernietiging van een schijnhuwelijk

**434.** Ook enkele recente rechterlijke beslissingen met betrekking tot nietige huwelijken zouden hun voordeel doen aan een duidelijkere motivering. In bepaalde beslissingen neemt de rechtbank genoegen met een verwijzing naar “het gestelde in de dagvaarding, de uiteenzettingen van eisende partij ter zitting, de voorgelegde stukken en het gebrek aan verweer”<sup>641</sup> of naar de door het parket verstrekte informatie<sup>642</sup>.

Ook maakt een weinig scherp geformuleerde redengeving met betrekking tot de vraag waarom bepaalde concrete feiten nu eens wel, en dan weer niet als bewezen kunnen worden bestempeld, het soms moeilijk om uit de enkele lectuur van de rechterlijke beslissing op te maken of de situatie effectief de kenmerken vertoont van een schijnhuwelijk, dan wel of de vordering beter had kunnen worden afgewezen, omdat niet op overtuigende wijze was weerlegd dat het huwelijk met instemming van de partijen en voorts op rechtsgeldige wijze was aangegaan en vervolgens spaak was gelopen<sup>643</sup>.

**435.** *De beoordeling van religieuze argumenten.* We gaven reeds aan dat aandacht voor elementen uit de buitenlandse (rechts-)cultuur<sup>644</sup> zich dient te

twee jaar tevoren kon worden aangetroffen op het adres van twee conluante. Uit de getuigenissen n.a.v. een strafrechtelijk onderzoek blijkt dat beide partners elkaar in tempore non suspecto beschreven als ‘mon ami(e)’, terwijl toen nog geen sprake was van een controle op de relatievorm. Deze gegevens werden niet opgenomen in de overwegingen.

In gelijkaardige zin: verwijzing naar ontsnapping uit gesloten centrum: Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 01/16/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3162/A, *onuitg.*

<sup>640</sup> Kort Ged. Antwerpen 30 juni 2000, A.R. 00-2197-A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 14 november 2000, A.R. 00/5185/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/241/C, *onuitg.* (bij binnenkomst); Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/1146/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3174/A, *onuitg.*: valse identiteit man; feit van asielaanvraag onder die naam in Duitsland is “zeer ernstig te nemen”; “brengt zijn goede trouw volledig in discrediet”.

<sup>641</sup> Rb. Antwerpen 5 januari 2001, A.R. 99/6545/A, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 5 januari 2001, A.R. 99/6578/A, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 5 februari 2001, A.R. 007590/A, *onuitg.*; Rb. Antwerpen , 9 februari 2001, A.R. 99/4755/A, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 5 maart 2001, A.R. 01/523/A, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 4 mei 2001, A.R. 00/164/A, *onuitg.*

<sup>642</sup> Rb. Gent 3 februari 2000, A.R. 99/422/A, *onuitg.*; Rb. Gent 7 februari 2000, A.R. 00/23/A, *onuitg.*; Rb. Gent 31 mei 2001, A.R. 01/1447/A, *onuitg.*

<sup>643</sup> Zie voor een voorbeeld van dergelijke zaak: Rb. Antwerpen 9 februari 2001, A.R. 99/4755/A, *onuitg.*, besproken in S. D'HONDT en M.-C. FOBLETS, *l.c.* Wél duidelijke motiveringen vinden we terug in Rb. Antwerpen 10 oktober 2001, A.R. 99/5559/A, *onuitg.*; Rb. Gent 31 januari 2002, 00/512/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 15 maart 2001, A.R. 00/1771/A, *onuitg.*: “de gronden tot nietigverklaring, die dienen beoordeeld te worden op het moment van het sluiten van het huwelijk voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, mogen uiteraard niet verward worden met de eventuele gronden tot echtscheiding, die zich na de sluiting van het burgerlijk huwelijk voordoen. Dit neemt echter niet weg dat om de beoordeling van de toestemming op het ogenblik van het sluiten van het huwelijk te kunnen doen, rekening moet gehouden worden met een aantal elementen die zich voordoen na het sluiten ervan”.

<sup>644</sup> Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 599, noot M. LIENARD-LIGNY; Rb. Brussel 18 oktober 1995, *T. Vreemd.* 1997, 298; Rb. Brussel 22 juni 1994, *J.L.M.B.* 1994, 1437; Rb. Brussel 10

beperken tot de situatieschets. Hun invloed beperkt zich tot die van een feitelijk element, zoals internrechtelijk ook de invloed van religieuze regels op katholieken of joden in aanmerking wordt genomen<sup>645</sup>.

Het is van belang om de verbondenheid van de betrokkenen met hun cultuur te onderzoeken. Het gegeven dat de partners naar Marokkaans of Algerijns gebruik niet samenwonen en evenmin het huwelijk voltrekken kan bv. worden verklaard door het feit dat het huwelijk nog niet religieus is voltrokken<sup>646</sup>. Blijft de religieuze voltrekking evenwel uit zonder dat wordt bewezen dat een gebrek aan financieringsmiddelen of een andere ernstige reden daaraan ten grondslag ligt, dan is het o.i. aangewezen om alsnog tot een schijnhuwelijk te besluiten<sup>647</sup>.

Het is van belang om de naleving van religieuze tradities niet in die mate te vooronderstellen dat men ze eigenlijk als voorwaarde voor een geldige huwelijkssluiting gaat beschouwen. Zeker indien het tradities betreft die in het land van herkomst zelf niet zo nauw (meer) worden genomen<sup>648</sup>, is het aangewezen om voorzichtig om te gaan met een verwijzing naar het uitblijven ervan in het raam van een onderzoek naar de oprechtheid van het huwelijk. Betreft het evenwel een grondvereiste, bv. de vereiste naar Marokkaans recht van een religieuze huwelijkssluiting<sup>649</sup>, dan moet de voorwaarde volgens bepaalde auteurs onvoorwaardelijk worden toegepast<sup>650</sup>. Anderen steunen de lijn binnen de rechtspraak die het probleem wegkwalificeert<sup>651</sup>. In dat laatste geval wordt de vereiste bij huwelijkssluiting in België eveneens herleid tot een kwestie van tradities.

#### 436. *De interactie tussen de verschillende niveaus waarop de strijd tegen*

---

december 1980, Bull. A.D.D.E. 1980, nr. 11-12, 12; V. VAN DEN EECKHOUT, "Rechtspraak op glad ijs: navolging van (rechts-) culturele tradities als aanduiding van een reële huwelijkswil", (noot onder Rb. Brussel 9 april 1997), *E.J.* 1998, 47; CHR. PANIER, "Inédits de droit de la famille VI (1). Mariage, état civil, divorce", *J.L.M.B.* 1993, 222.

<sup>645</sup> In deze zin: Rb. Mechelen 21 maart 2001, *T. Vreemd.* 2002, 186; M. LIENARD-LIGNY, "Loi applicable à l'annulation du mariage pour simulation", (noot onder Brussel 1 februari 1994), *J.L.M.B.* 1994, 602.

<sup>646</sup> Cass. 23 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 363; Antwerpen 14 mei 1996, *T. Vreemd.* 1996, 187; Brussel 21 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 565, *E.J.* 1995, 98, <http://www.mys-breesch.be/judas> (25 juni 1999), noot K. WAUTERS-LAMBEIN en W. WAUTERS; Rb. Brussel 9 april 1997, *E.J.* 1998, 45, noot V. VAN DEN EECKHOUT; Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60; Voorz. Rb. Brussel 10 december 1980, *T. Vreemd.* 1980-81, afl. 12, 62.

<sup>647</sup> Cass. 23 februari 1995, *R.W.* 1995-96, 363; Luik 19 maart 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 323.

<sup>648</sup> Bv. de religieuze viering naar Marokkaans recht. In die zin: Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54.

<sup>649</sup> Zie evenwel voorgaande noot.

<sup>650</sup> Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Gent 12 september 1994, *A.J.T.* 1994-95, 224, noot K. WAUTERS-LAMBEIN en W. WAUTERS; V. VAN DEN EECKHOUT, *l.c.*, 49. *Contra*: M. LIENARD-LIGNY, M. LIENARD-LIGNY, "Jurisprudence belge de droit international privé: nationalité et relations familiales 1990-1994, choix de décisions", *R.B.D.I.* 1995, 701, i.v.m. Rb. Brussel 31 maart 1992; Y.-H. LELEU, "Le mariage posthume en droit interne et en droit international privé", *J.L.M.B.* 1997, 1041: de religieuze viering is een grondvoorwaarde naar Marokkaans recht en moet als dusdanig worden beoordeeld door de Belgische rechter.

<sup>651</sup> Hierover meer: cf. *infra*, hoofdstuk 6 (vormvereisten), randnrs 154 e.v.

*schijnhuwelijken worden aangebonden: de ambtenaar van de burgerlijke stand, politiediensten, het parket en de Dienst Vreemdelingenzaken.* De Dienst Vreemdelingenzaken komt reeds tussen op het niveau van de aangifte van een huwelijk met een vreemdeling of tussen vreemdelingen in ons land.

In bepaalde steden, waaronder Antwerpen en Gent, is een Cel Schijnhuwelijken werkzaam, die voorgenomen huwelijken onderzoekt<sup>652</sup>. “Indien een negatief advies wordt geformuleerd, dat ook door de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt gevolgd, dan verbindt de Dienst Vreemdelingenzaken zich ertoe om daadwerkelijk de betrokkene van het grondgebied te verwijderen, tenzij er tegen de beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand beroep is aangetekend”<sup>653</sup>. Deze informatie ontleen we aan een briefwisseling met de Dienst Vreemdelingenzaken. Ze geeft aan dat de Cel haar bevindingen stelselmatig doorgeeft aan de administratie van de Dienst Vreemdelingenzaken. Deze praktijk kadert overigens binnen het verzoek van de minister van Binnenlandse Zaken<sup>654</sup> aan de gemeentebesturen om “alle informatie waarover zij (het gemeentebestuur) beschikt of elke vaststelling die zij doet in dit kader (o.m. schijnhuwelijken en misbruik van huwelijken) zo snel mogelijk te melden aan dit bureau (bedoeld wordt het administratief bureau opsporingen), bij voorkeur per fax”. Een databank die gegevens omtrent schijnhuwelijken centraliseert zou de doorstroming van informatie ongetwijfeld kunnen bevorderen<sup>655</sup>.

**437.** In zoverre verwijderingen van het grondgebied n.a.v. deze samenwerking slechts personen treffen die een schijnhuwelijk beogen, en bovendien de betrokkene(n) de tijd wordt gelaten om verhaal aan te tekenen tegen de weigeringsbeslissing, lijkt dergelijke samenwerking aanvaardbaar. We hebben het evenwel moeilijker met de praktijk die erin bestaat om, in overtreding van art. 6 *juncto* 12 E.V.R.M., een vreemdeling met illegaal verblijf met de steun van een administratieve overheid die in het kader van haar burgerrechtelijke functie door deze vreemdeling wordt benaderd op te sporen met het oog op een verwijdering, nog alvorens een rechterlijke instantie zich heeft kunnen uitspreken over de oprechtheid van het voorgenomen huwelijk.

<sup>652</sup> “VLD-voorstellen met betrekking tot de aanpak van de gedwongen huwelijken en schijnhuwelijken”, *VLD-persmededeling* 23 oktober 2002, beoogt dit systeem te veralgemenen: “Er moet een nieuwe omzendbrief naar de gemeenten (met bijhorende financiële middelen) komen, waarin kan worden voorzien dat de gemeenten één of meer ambtenaren kunnen aanstellen om schijnhuwelijken op te sporen. Steden als Antwerpen en Gent beschikken reeds over een ‘Cel Schijnhuwelijken’: alle steden moeten personeel hiervoor krijgen. Ook moet parket meedoen (zou niet gebeuren in Gent)”.

<sup>653</sup> Communicatie met de Dienst Vreemdelingenzaken.

<sup>654</sup> Bij Omz. van 17 juli 2001, *B.S.* 28 augustus 2001.

<sup>655</sup> “VLD-voorstellen met betrekking tot de aanpak van de gedwongen huwelijken en schijnhuwelijken”, *VLD-persmededeling* 23 oktober 2002: “Er moet een federale databank (bv. bij de dienst Vreemdelingenzaken) komen voor schijnhuwelijken. Dit helpt de ambtenaar van burgerlijke stand bij het beoordelen van een vermoeden van schijnhuwelijk. Deze databank kan bijvoorbeeld volgende gegevens verzamelen: gegevens rond de identiteit van de betrokken personen, de plaatsen en tijdstippen dat zij reeds een huwelijksaangifte hebben gedaan, in welke gemeente e.d.”.

**438.** Zo blijken bepaalde parketten bij de behandeling van vorderingen inzake schijnhuwelijken contact op te nemen met de Dienst Vreemdelingenzaken<sup>656</sup>. Deze Dienst is niet bevoegd voor huwelijkszaken, tenzij zich een vraag van verblijfsrecht zou stellen. De indruk wordt hiermee gewekt dat ook bepaalde parketten de Dienst Vreemdelingenzaken willen aanzetten tot demarches inzake het verblijfsstatuut<sup>657</sup>.

**439.** Wijst niets op een schijnhuwelijk, dan lijken na de aktering van de huwelijksaangifte - deze aktering kan niet worden geweigerd zodra alle nodige documenten worden voorgelegd - slechts burgerrechtelijke huwelijksbeletselen nog de huwelijksvoltrekking in de weg kunnen staan. De ambtenaar moet weliswaar voldoen aan zijn wettelijke plicht om de strafrechtelijke inbreuk van illegaal verblijf<sup>658</sup> te rapporteren<sup>659</sup>. De Dienst Vreemdelingenzaken doet er volgens ons evenwel voorzichtigheidshalve goed aan de verwijdering van het grondgebied uit te stellen tot na de huwelijksvoltrekking.

We menen dat een vergelijking met de bescherming van het recht op onderwijs voor kinderen met illegaal verblijf, toelaat om een uitzondering te bepalen op de aangifteplicht van de ambtenaar. Na lange onduidelijkheid is begin de jaren negentig bij Omzendbrief geregeld dat scholen de inschrijving van kinderen met illegaal verblijf niet mogen weigeren, noch melden<sup>660</sup>. Deze Omzendbrief is

<sup>656</sup> O.m. aangegeven in de conclusie van de vorderende partij bij Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 01/16/A, *onuitg.*

<sup>657</sup> Dergelijke praktijken zouden systematisch plaatsvinden: *De Morgen* 15 januari 2001, 7.

<sup>658</sup> Art. 75 Vreemdelingenwet.

<sup>659</sup> Art. 29 Sv. Zie ook Omz. 11 juli 2001 betreffende de documenten die moeten worden overgelegd om een visum te verkrijgen met het oog op het sluiten van een huwelijk in het Rijk of om een visum gezinshereniging te bekomen op grond van een huwelijk voltrokken in het buitenland, B.S. 28 juli 2001: "De ambtenaar van de burgerlijke stand behoudt (...) het recht, hem reeds toegekend door de bovenvermelde omzendbrief van 28 augustus 1997, om de Dienst Vreemdelingenzaken op de hoogte te brengen van de aanwezigheid van de illegale vreemdeling en inlichtingen in te winnen omtrent de verblijfsgeschiedenis van de vreemdeling". Zie ook Omz. 19 februari 2003 over de toepassing van artikel 9, derde lid, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, B.S. 17 maart 2003: "Aangezien de onwettige binnenkomst of verblijf in België een strafbaar misdrijf is, is de algemene morele plicht van overheden, openbare officieren en ambtenaren van toepassing om het parket in te lichten over misdrijven waarover zij kennis krijgen in de uitoefening van hun ambt".

<sup>660</sup> De vereiste voorlegging van identiteitsdocumenten bij de inschrijving (bij rondschriven NO/205/SH/AS/MPV van 10 november 1983) werd door de scholen als een vereiste van legaal verblijf geïnterpreteerd. In een informele overeenkomst van de Vlaamse minister van Onderwijs met de minister van Binnenlandse Zaken in 1994 werd dit tegengesproken. Omzendbrief ABC/TM/KH van 24 juni 1999 betreffende het recht op onderwijs voor kinderen zonder wettig verblijfsstatuut, *onuitg.*, bood een iets officiëler kader (bevat o.m. de vermelding "er werd eveneens overeengekomen dat directies en leerkrachten de inschrijving van leerlingen zonder wettig verblijfsstatuut niet moeten aangeven aan de vreemdelingen- of politiediensten en dat deze diensten ze niet via de scholen zullen opsporen"), maar nog steeds geen rechtsgrond voor het fundamentele recht op onderwijs voor kinderen met illegaal verblijf: Vr. en Antw. Vlaams Parlement, 19 mei 2000 (Vr. nr. 121 van 24 maart 2000). Hierover S. BAFEKR and J. LEMAN, "Zwangere vrouwen en schoolgaande kinderen in de illegaliteit in Brussel - een kwalitatieve etnografie", *Cultuur en Migratie* 1999, 102 p.; R. VERSTEGEN (ed.), *De*

weliswaar niet onderworpen aan een voorafgaand advies van de Raad van State en is evenmin gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. Ze is bijgevolg onwettig en weegt daarom strikt genomen niet op tegen de bepaling van art. 29 W. Sv. die de ambtenaar van de burgerlijke stand een meldingsplicht oplegt. We kunnen evenwel stellen dat de Minister de ambtenaren met betrekking tot het recht op onderwijs een *standstill* verplichting heeft opgelegd. Een ongeldige omzendbrief kan de burger geen verplichtingen opleggen, maar kan daarentegen wél het rechtmatige vertrouwen wekken dat voordelige bepalingen zullen worden nageleefd<sup>661</sup>.

Op dezelfde wijze zou ertoe kunnen worden overgegaan om ambtenaren vrij te stellen van aangifteplicht tot het huwelijk is voltrokken. In het verlengde hiervan zou de Dienst Vreemdelingenzaken kunnen worden aangespoord om vanaf de huwelijksaangifte geen nieuwe verwijderingsmaatregelen te treffen. Door het ogenblik van de huwelijksaangifte als startpunt van het 'actieve gedoogmoment' te nemen, zou worden bekomen dat gedwongen verwijderingen worden uitgesteld minstens zolang de procedure voor de ambtenaar van de burgerlijke stand loopt<sup>662</sup>. Aangezien art. 12 E.V.R.M. gehuwden niet het recht verleent om te verblijven in het land van keuze of het land waar ze zijn gehuwd, kan de betrokkene nog steeds ná de huwelijksvoltrekking worden verwijderd, tenzij daartoe ernstige beletselen bestaan. Bij de beslissing zal het aangevatte huwelijksleven mee in overweging worden genomen.

**440.** De Dienst Vreemdelingenzaken, meer bepaald het bureau Opsporingen, treedt in contact met de parketten telkens als elementen erop wijzen dat een gesloten huwelijk een schijnhuwelijk of polygaam huwelijk is en/of de Dienst meent dat een procedure tot nietigverklaring van het huwelijk moet worden

---

*non-discriminatie-verklaring in het onderwijs. Moeilijkheden en mogelijkheden*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1998; S. BOUCKAERT, "De doorwerking van grondrechten in de context van illegale immigratie", in M.-C. FOLETS, B. HUBEAU e.a. (2001), 430-434. In de Franse gemeenschap is een decreet in de materie uitgevaardigd d.d. 30 juni 1998, B.S. 22 augustus 1998. Hierover B. VAN KEIRSBILCK, "Discrimination positive dans l'enseignement de la Communauté française", *J. dr. jeun.* 1998, 21-24.

<sup>661</sup> A. DETHEUX, "Commentaires de la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 15 décembre 1998 relatif à l'application de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 et la régularisation de situations particulières", *I.c.*, 4, en B. BLERO, "A propos de quelques circulaires du ministre de l'Intérieur en droit des étrangers. Nature et valeur du procédé", *Rev. dr. étr.* 1998, nr. 99, 297. Zie ook m.b.t. de omzendbrief van 15 december 1998 inzake de toepassing van art. 9, derde lid Vreemdelingenwet: S. D'HONDT en S. BOUCKAERT, "Artikel 9, derde lid Vreemdelingenwet: pseudoniem voor een onverhoopte rijkdom aan mogelijkheden? Enkele bedenkingen bij het arrest van het Arbeidshof Brussel d.d. 8 juni 2000", *T. Vreemd.* 2000, 217-230.

<sup>662</sup> Ook in Frankrijk geldt evenwel tot op vandaag de opvatting dat een strafrechtelijke inbreuk op de verblijfswet primeert op het recht om te huwen en dat huwelijksplannen bijgevolg niet van invloed zijn op de geldigheid en afwikkeling van de verwijderingsprocedure: Cass. fr. 18 maart 1992, nr. 91-82.389, databank Légifrance. F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des Droits de L'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 119-120, stelt vast dat bepaalde ambtenaren het de vreemdeling moeilijk maken door de voorlegging te vorderen van moeilijk te bekomen documenten. Het gevolg daarvan is soms dat hun verblijfstitel is vervallen alvorens alle nodige documenten zijn verkregen. De huwelijksvrijheid blijkt volgens de auteur een lege doos te zijn als ze dermate afhangt van de goede wil van de ambtenaren.



opgestart. Wordt de nietigverklaring uitgesproken, dan verbindt de Dienst Vreemdelingenzaken zich ertoe over te gaan tot de verwijdering van de betrokkene, voorzover die inmiddels niet de Belgische nationaliteit bezit<sup>663</sup>. In het laatste geval kan de betrokkene hier verder blijven, “tenzij het vonnis anders bepaalt”. Deze laatste zinsnede kan verwonderen. Een burgerlijke rechter kan immers geen uitspraak doen over het verblijfsstatuut van de betrokkene. Zoals we reeds aangaven is het vooralsnog evenmin mogelijk om een Belg vervallen te verklaren van zijn nationaliteit op grond van fraude<sup>664</sup>. Eenmaal iemand Belg is geworden, kan in de huidige stand van het recht niet langer worden opgetreden tegen de genoemde fraude in het licht van het verblijfsrecht. We betreuren dat de wetgever blijft nalaten om de bepaling inzake vervallenverklaring in de nationaliteitswet uit te breiden<sup>665</sup>. Bepaalde instanties hebben reeds getuigd van een grote creativiteit in dit verband, door de met frauduleuze intenties verworven nationaliteit elk rechtsgevolg m.b.t. het verblijf te ontzeggen<sup>666</sup>. De Raad van State heeft in bepaalde uitspraken reeds te kennen gegeven dat kan worden aangenomen dat de nationaliteit retroactief vervalt<sup>667</sup>. Het W.B.N. biedt o.i. hiervoor nochtans geen rechtsgrond.

### - Enkele overschouwingen tot besluit

**441.** *De efficiëntie van een preventieve controle in vraag gesteld.* We sluiten deze bespreking af met de vraag of het preventieve beleid dat momenteel tegen schijnhuwelijken wordt gevoerd op het niveau van de huwelijksvoltrekking, de grote investering van tijd en middelen wel waard is. We stellen vast dat alles samengenomen weinig huwelijken worden geweigerd<sup>668</sup>. Ook moet het besef

<sup>663</sup> Communicatie van de Dienst Vreemdelingenzaken.

<sup>664</sup> Art. 23 W.B.N. Cf. *supra*, deel 1 (algemene inleiding), randnr. 11 en cf. *infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 5, randnr. 3.

<sup>665</sup> De Nederlandse Hoge Raad heeft in 1955 een andere oplossing met hetzelfde resultaat toegepast door te oordelen dat een Belgische vrouw die door haar (schijn)huwelijk met een Nederlander Nederlands onderdaan was geworden, in werkelijkheid nooit de Nederlandse nationaliteit had gehad. Deze werd haar m.a.w. niet ontnomen door het arrest. De vrouw kon evenwel geen beroep doen op het recht om niet te worden uitgeleverd in het kader van een verdenking van oplichting: H.R. (Ndl.) 6 december 1955, *N.J.* 1956, nr. 182.

S. SAROLEA, “Le mariage simulé en droit international privé”, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 23, meent dat de nationaliteit niet verloren zou mogen gaan wegens schijnhuwelijk. Volgens haar wijst ook in dergelijk geval de Belgische nationaliteit op een duurzame band met de bevolking en de Staat. De huidige beperkte gronden tot verlies van nationaliteit geven aan dat het van belang is om de band continuïteit te verlenen.

<sup>666</sup> Luik 5 maart 2002, *J.T.* 2002, 586.

<sup>667</sup> R.v.St. 19 augustus 1994, arrest-Hamoudan, nr. 48.743, *Arr. R.v.St.* 1994 (aannahme van automatisch verval); R.v.St. 3 augustus 1995, arrest-Belfakiri, nr. 54.780, *Rev. dr. étr.* 1995, 304 (erkenning beginsel; *in casu* werd het bevel om het grondgebied te verlaten evenwel tijdelijk opgeschort, omdat niet gemotiveerd was waarom de Belgische nationaliteit niet langer kon worden ingeroepen).

<sup>668</sup> B. DE HART, *Onbezonnen vrouwen. Gemengde relaties in het nationaliteitsrecht en het vreemdelingenrecht*, Nijmegen, Aksant, 2003, hoofdstuk 7, illustreert dat ook in Nederland zelden n.a.v. een preventieve detectie tot een schijnhuwelijk wordt besloten: Vreemdelingendienst Amsterdam, onderzoek 2000: 2% van de controles per jaar; Vreemdelingendienst Rotterdam, onderzoek 1992: 7 % van de controles per jaar. De Hart meent dat ambtenaren overigens sneller tot een schijnhuwelijk besluiten dan de Nederlandse rechter. De eersten zouden vaak een

groeien dat een interview vaak niet volstaat om iemands betrokkenheid bij een netwerk van schijnhuwelijken te doorprikken, aangezien de betrokkenen zich normaal gezien goed hebben voorbereid op het interview en op de controles, en goed weten aan welke vragen ze zich kunnen verwachten. Inlichtingen inzake de gehanteerde controletechnieken worden in bepaalde milieus systematisch aan elkaar doorgespeeld<sup>669</sup>. Het besef van deze realiteit kan mogelijk de weerstand wegnemen tegen een voorstel om de controle aan algemene instructies te onderwerpen, die zouden kunnen uitgaan van de minister van Binnenlandse Zaken. Een gestandaardiseerde vragenlijst zou mogelijk een oplossing kunnen bieden voor de klacht van bepaalde advocaten dat vandaag de vragen soms nog op suggestieve wijze worden geformuleerd.

**442.** Waarom niet voorzien in een registratie op band van de interviews die voorafgaan aan de weigering om een huwelijk te voltrekken? Bij betwisting heerst dan tenminste duidelijkheid over de beoordelingscriteria die in het concrete geval zijn gehanteerd. Bovendien zijn de vragen dan steeds geregistreerd en kan worden nagegaan of een vaststelling van tegenstrijdige verklaringen tijdens interviews door meerdere ondervragers op juiste grond gebeurde.

**443.** Ook nemen we hier de suggestie terug op om in de motivering systematisch het onderscheid duidelijk te stellen tussen de situatieschets en de overtuigingselementen, bijvoorbeeld wat de vermelding betreft van de illegale verblijfssituatie van een van de partners, een groot leeftijdsverschil tussen beiden, het uitblijven van een religieuze huwelijkssluiting of nog, de afwezigheid van vermelding van een bruidsprijs.

**444.** In het kader van de buitenhuwelijkse tweerelatie wordt tot op vandaag niet aan preventief onderzoek gedaan. De omzendbrief van 1997 betreffende de duurzame samenwoning beperkt de controle tot een *a posteriori*-controle, weliswaar gespreid over meerdere maanden<sup>670</sup>. Deze keuze is vermoedelijk ingegeven door het besef dat het preventieve beleid tegen schijnhuwelijken alvast meer kost dan oplevert.

**445.** *Het belang om de drijfveren voor een schijnhuwelijk weg te nemen.*

---

romantisch huwelijksbeeld hanteren, waar een verklaring van de verblijfhouder dat hij of zij de partner niet naar het buitenland zou willen volgen of dat de vrouw de familienaam van de man niet wil aannemen, niet verzoenbaar mee wordt bevonden. Bij Nederlandse rechters zouden slechts tegenstrijdige verklaringen, bekentenissen of de ontstentenis van samenwoning tot een nietigverklaring van het huwelijk leiden.

<sup>669</sup> We ontvingen getuigenissen in die zin van meerdere parketten en ambtenaren van de burgerlijke stand.

<sup>670</sup> Een daadwerkelijke sanctionering van schijnpartnerschappen is evenmin voorzien. Bepaalde Nederlandse auteurs bevonden dit reeds discriminatoir: Commissie-Kortman, bijlage 2 bij rapport, p. 26; J. D'OLIVEIRA, *Het migratierecht en zijn dynamiek: het artefact van het 'schijnhuwelijk'*, Deventer, Kluwer, 1998, 47.

Zie ook voor Duitsland: het partnerschap is bij fraude onbestaande (§ 1 II nr. 4 LpartG), i.t.t. een schijnhuwelijk dat slechts vernietigbaar is, dit op vordering van de partners of het O.M. (§ 1314 II nr. 5, 1316 I nr. 1 BGB).

Preventief moet wél worden opgetreden in die zin dat de drijfveren om een schijnhuwelijk aan te gaan, moeten worden weggenomen. Die drijfveren liggen, zoals in art. 146bis B.W. wordt gesuggereerd, vandaag vooral in het verblijfsrecht. Waarom niet bepalen dat ook in België, naar het voorbeeld van onze buurlanden waar de verwerving van een onafhankelijk recht op verblijf kan worden verlaet tot drie jaar na het huwelijk<sup>671</sup>, het verblijfsstatuut van een echtgenoot gedurende langere tijd precair moet blijven? Tenzij de buitenlandse echtgeno(o)t(e) reeds eerder en op een andere grond zijn of haar zelfstandig verblijfsrecht in ons land heeft verworven (bv. na een nationaliteitsverwerving)<sup>672</sup>, kan het recht op verblijf best minder snel worden losgekoppeld van de voorwaarde dat het huwelijk ook effectief standhoudt.

**446.** Een sanctionering van schijnhuwelijken heeft bij voorkeur betrekking op alle rechtsgevolgen die frauduleus tot stand zijn gekomen. Het is in dat licht aangewezen om in het Nationaliteitsrecht te voorzien in een vervallenverklaring van de Belgische nationaliteit, als die frauduleus is verworven. Tevens is het aanbevolen om het aangaan van een schijnhuwelijk strafbaar te stellen<sup>673</sup>.

<sup>671</sup> Naar Nederlands recht wordt daar bovendien de voorwaarde aan verbonden dat de vreemdeling binnen het jaar tewerkstelling vindt of de kinderopvang op zich neemt, of zich in uitzonderlijke omstandigheden bevindt: art. 11 Vreemdelingenwet en Vreemdelingencirculaire B-1. Vreemdelingencirculaire B-1/2. Één jaar tewerkstelling volstaat evenwel voor een Turkse echtgenoot: Association Council Decision nr. 1/80. Een recht op vestiging wordt ondergeschikt aan de voorwaarde van vijf jaar verblijf, voldoende bestaansmiddelen en een controle in het licht van de openbare orde (art. 13 Vreemdelingenwet en Vreemdelingencirculaire, punt A-4/7.7.2). Pas na tien jaar is de verwerving van een vestigingstitel aan geen enkele materiële voorwaarde meer gebonden. Naar Duits recht is dat slechts het geval na vier jaar samenwoning wanneer de echtgenoot de Duitse taal niet voldoende blijkt te beheersen: Art. 19(1) en (2) j° art. 25(3) Ausländergesetz. Recht op vestiging wordt bovendien slechts verworven mits de betrokkene is tewerkgesteld: Art. 27(3) AG. Naar Frans recht houdt de samenwoningstest weliswaar reeds na één jaar samenwoning op (Art. 15 (1) Ordonnance relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers, 2 november 1945, gewijzigd bij Wet van 11 mei 1998). Na drie jaar verblijf kan evenwel pas bij wijze van gunst een recht op vestiging worden verleend (Art. 14 Ord.). Na vijf jaar verblijf heeft de echtgenoot, evenals elke andere vreemdeling, het recht om zich in Frankrijk te vestigen (art. 15 Ord.).

<sup>672</sup> Inzake nationaliteitsverwerving door nationaliteitskeuze: Cass. 10 februari 2000, A.R. C.990.498.N, <http://www.cass.be/juris/jucn.htm>: "Het arrest dat de nationaliteitskeuze van verweerder inwilligt, hoewel het vaststelt dat verweerder niet meer met zijn Belgische echtgenote samenleefde, schendt artikel 16, §2, 1°, van de wet van 28 juni 1984". Het betreffende arrest werd vernietigd. Het was evenwel nog niet overgeschreven, waardoor betrokkene nog niet definitief de nationaliteit bezat. Uit de parlementaire besprekingen bij de laatste wijziging van het W.B.N. (bij wet van 1 maart 2000) blijkt dat wel in een uitzondering op de samenwoningsvereiste is voorzien in geval van overlijden van de Belgische echtgenoot tussen het afleggen van de nationaliteitsverklaring en het afhandelen van de procedure (zie ook Rb. Brussel 11 oktober 2000, J.T. 2001, 598). Er werd ons signaleerd dat het soepele nationaliteitsrecht 'kettinghuwelijken' in de hand werkt, waarbij een vreemdeling uit de echt scheidt van zijn eerste buitenlandse echtgenote, huwt met een Belg(ische), Belg wordt, uit de echt scheidt en opnieuw huwt met de eerste echtgenoot. Zie in deze zin ook Rb. Hasselt 6 november 2001, A.R. 01/1/A, , *onuitg.*

<sup>673</sup> In dezelfde zin: "VLD-voorstellen met betrekking tot de aanpak van de gedwongen huwelijken en schijnhuwelijken", *VLD-persmededeling* 23 oktober 2002: "Er moet worden voorzien in een bestraffing met een geldboete en of een gevangenisstraf. Verder moet ook de nationaliteit kunnen worden afgenomen, cf. Voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, *Parl. St. Kamer* 2000-2001, nr. 1182/1 (Hove/Cortois/Coveliers/Vanden Poel-

## C.4. DE ONMOGELIJKHEID NAAR BEPAALDE BUITENLANDSE RECHTSSTELSELS OM HET GEBREKKIGE HUWELIJK TE Vernietigen

### C.4.A. DE ONMOGELIJKHEID NAAR BUITENLANDS RECHT OM HUWELIJKEN DIE IN EIGEN LAND ZIJN AANGEGAAN TE Vernietigen OP GROND VAN SCHIJN, DWALING, DWANG OF ANDERE

**447.**Een nietigverklaring in België vindt vaak plaats in toepassing van Belgisch recht. De vaststelling dat bepaalde rechtsordes de nietigverklaring niet kennen, o.m. het Tsjechische en Slowaakse recht<sup>674</sup>, of slechts een veel beperkter gamma van nietigheidsgronden kennen, is daar niet vreemd aan. O.m. het Britse en Australische recht<sup>675</sup> stellen over het algemeen slechts een absolute nietigheid *ex nunc* in voor huwelijksbeletselen die de openbare orde niet raken, zoals impotentie, geslachtsziekten, geestesziekte of zwangerschap *per alium*. Slechts verwantschapsbeletselen, bigamie, toestemmingsgebreken en overtreding van de leeftijdsbepaling maken het huwelijk absoluut nietig *ex tunc*.

#### **\* Het wilsgebrek als loutere echtscheidingsgrond**

**448.**Naar o.m. Iers, Zweeds<sup>676</sup>, Hongaars, Pools, Tsjechisch, Slovaaks en Boliviaans recht<sup>677</sup> wordt de uitbreiding van het aantal echtscheidingsgronden gekoppeld aan een reductie of *stand-still* inzake nietigheidsgronden. Dwaling, bedrog en dwang<sup>678</sup> geven er niet of niet langer aanleiding tot nietigverklaring van het huwelijk. Naar Zweeds recht bv. kan het O.M. ook tegen een huwelijk dat is aangegaan in strijd met het incestverbod of met het polygamieverbod, slechts optreden door een vordering tot echtscheiding in te stellen.

**449.**In rechtsstelsels waar slechts de mogelijkheid bestaat om een gebrekkig huwelijk te ontbinden door echtscheiding, genieten de partners steeds het voordeel dat reeds gerealiseerde huwelijksgevolgen definitief verworven zijn.

#### **\* Het wilsgebrek als grond om te besluiten tot ‘onbestaand huwelijk’**

**450.**Rechtsstelsels die huwelijken met een wilsgebrek als onbestaand beschouwen, confronteren ons overigens met de onmogelijkheid om aan de partner te goeder trouw enige verzachting te bieden<sup>679</sup>. Kan het huwelijk niet vernietigd worden, dan kan het voordeel van een putatief huwelijk met name niet

---

Welkenhuysen).

<sup>674</sup> Deze kennen slechts het niet-bestaande huwelijk en dan nog slechts in één enkel geval: bij huwelijksluiting onder de leeftijd van 16 jaar (§ 13, par. 3 familiewet).

<sup>675</sup> Hierover D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER COESTER (1997), 98-99.

<sup>676</sup> I.t.t. naar Deens en Noors recht.

<sup>677</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 91.

<sup>678</sup> Hieronder verstaan we zowel morele dwang als fysiek geweld.

<sup>679</sup> O.m. die van Herzegovina, Kroatië, Macedonië en Slovenië: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 28.

worden verleend.

**451.** Het is vervolgens van belang om te bepalen of dergelijk buitenlands recht moet worden toegepast, of daarentegen buiten toepassing kan worden gelaten en vervangen door de *lex fori*. We menen dat de tweede piste best wordt gevolgd: het verdient aanbeveling om rekening te houden met de schijn van realiteit die door het huwelijk wordt gewekt<sup>680</sup>. De situatie vraagt om een aanpak. Stilzitten omdat het huwelijk voor onbestaande moet worden gehouden, is niet aangewezen. Een huwelijk kan niet als onbestaande worden beschouwd, noch op grond van de beweegredenen waarmee het is aangegaan, noch op grond van zijn beleving, bv. van het feit dat er geen samenwoning is<sup>681</sup>. Zodra een rechtshandeling geldig naar vorm is gesloten voor een bevoegde autoriteit, bestaat ze. Vanaf dat ogenblik heeft het huwelijk in het rechtsverkeer een schijn van realiteit en geldigheid gewekt. Deze schijn dient uitdrukkelijk te worden tegengesproken d.m.v. een nietigverklaring<sup>682</sup>.

**452.** Het is denkbaar dat mettertijd wordt teruggekomen op de huidige koppeling van het aantal nietigheidsgronden aan het aantal echtscheidingsgronden. Bepaalde tekenen wijzen erop dat het nietigheidscontentieux weer in belang kan toenemen.

**453.** De strijd tegen schijnhuwelijken bv. is in bepaalde buurlanden slechts betrekkelijk recent aangevat. In 1986 nog heeft het Parijse Hof zich ertoe beperkt de vordering van een Turkse vrouw tot toekenning van een onderhoudsuitkering af te wijzen, terwijl vaststond dat het een schijnhuwelijk betrof<sup>683</sup>. Ook naar Nederlands recht worden schijnhuwelijken nog maar sinds kort bestreden. Voorheen, zo getuigt o.m. een advies van de Permanente Commissie van Advies voor de zaken van de burgerlijke stand en voor de Nationaliteitsaangelegenheden van 25 augustus 1987, werd het nut ervan niet ingezien, met als redengeving dat het bewijs te moeilijk te leveren was<sup>684</sup>.

**454.** Naar Duits recht vormt de loutere huwelijksdoelstelling om de Duitse nationaliteit te verwerven daarentegen reeds sinds de wet van 29 september 1952 een nietigheidsgrond. Ook Belgische rechtspraak getuigt van een vroege

<sup>680</sup> Zie ook H.R. (Ndl.) 28 mei 1982, *N.J.* 1982, 646, noot E.A.A.L. ASER-DE RUITER (Molmaker), 1992, 86-89. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Het migratierecht en zijn dynamiek: het artefact van het 'schijnhuwelijk'*, Deventer, Kluwer, 1998, 20, meent evenwel dat deze aanname niet strookt met de privaatrechtelijke figuur van de schijnhandeling en met de grondgedachte van de wet op schijnhuwelijken.

<sup>681</sup> H.R. (Ndl.) 28 mei 1982, *N.J.* 1982, 646, noot E.A.A.L. ASER-DE RUITER (Molmaker), 1992, 86-89; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Het migratierecht en zijn dynamiek: het artefact van het 'schijnhuwelijk'*, Deventer, Kluwer, 1998, 20.

<sup>682</sup> H. WILLEKENS, "Artikel 146 B.W.", in *Comm. Pers.* (1991), 7; J. PAUWELS, o.c., 169.

<sup>683</sup> Paris 25 september 1986, *D.* 1987, 134, noot D. MAYER en P. CALE.

<sup>684</sup> PERMANENTE COMMISSIE VAN ADVIES VOOR DE ZAKEN VAN DE BURGERLIJKE STAND EN VOOR DE NATIONALITEITSAANGELEGENHEDEN, *Advies over schijnhuwelijken, Personeel Statuut*, 1988, nr. 1, 13; zie ook: H.L.R. DE VRIES, "Schijnhuwelijk – schijn-erkenning", *F.J.R.* 1988, 185.

bereidheid om de nietigheidsgrond van de veinzing aan te nemen<sup>685</sup>. In een eerste fase werden nietigverklaringen geweigerd met het argument dat ze zouden ingaan tegen de menselijke waardigheid en het recht op privéleven van de partners. Omdat het huwelijksinstituut steeds vaker werd afgewend van zijn doel om aan andere regelgeving te ontsnappen, besloot de rechtspraak in te grijpen. Het huwelijk als onbestaand beschouwen, doet, zoals we reeds stelden, niets af aan de schijn van realiteit en geldigheid die het huwelijk in het rechtsverkeer heeft gewekt. Mettertijd is daarom afgestapt van het adagium '*pas de nullité sans texte*', dat oorspronkelijk aan de basis heeft gelegen van weigeringen om een huwelijk nietig te verklaren<sup>686</sup>. De theorie van de virtuele<sup>687</sup> absolute nietigheden<sup>688</sup> is in de plaats gekomen, o.m. voor de nietigverklaring op grond van schijnhuwelijk of op grond van gelijk geslacht.

**455.** Deze geleidelijke en nog behoorlijk recente aanvaarding van de veinzing als nietigheidsgrond was aanvankelijk beperkt tot huwelijken die in België waren aangegaan<sup>689</sup>. In het buitenland aangegane huwelijken werden langere tijd onaantastbaar bevonden. Zo besloot het Gentse Hof dat een huwelijk dat was aangegaan in Frankrijk tussen een Franse en een Belgische partner met de loutere doelstelling om de Franse partner de Belgische nationaliteit te laten verwerven, niet kon worden nietigverklaard<sup>690</sup>. De rechter besloot dat het huwelijk niet tegenstelbaar was in België. Het zou bijgevolg geen gevolgen hebben voor de nationaliteitsverwerving.

**456.** Meerdere auteurs pleitten toen reeds voor een uitbreiding van de nietigverklaring tot buitenlandse huwelijken<sup>691</sup>. Vanaf de tweede helft van de jaren 1950 werd uiteindelijk aangenomen dat alle schijnhuwelijken konden worden nietigverklaard, ongeacht waar ze waren aangegaan, mits beide partners van kwade trouw waren<sup>692</sup>. Later breidde die mogelijkheid, behoudens bij vordering

<sup>685</sup> O.m. Rb. Brussel 7 april 1945, *J.T.* 1946, 401, noot H. BOCQUET, *R.C.J.B.* 1947, 31, noot J. DABIN.

<sup>686</sup> Cass. 21 maart 1910, *Pas.* 1910, I, 155.

<sup>687</sup> Rb. Brussel 28 mei 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1219; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 67; Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 266.

<sup>688</sup> W. CALEWAERT, "Het fictief huwelijk", *R.W.* 1947, 930; E. DE BRUYN en F. LAINE, "Le mariage", in *Répertoire notarial, I, Les personnes*, 1988, 142-1, nr. 343; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1961, nr. 659bis; J. PAUWELS, "Nietigverklaring van het huwelijk", *T.P.R.* 1975, 178, nr. 34; F. RIGAUX, *Les personnes, I, Relations familiales*, Brussel, Larcier, 1971, nrs 1341-1360; H. WILLEKENS, *I.c.*, 13; *Les nouvelles, Droit civil international*, nr. 406.

<sup>689</sup> Gent 25 februari 1956, *R.C.J.B.* 1957, 179, noot P. GRAULICH.

<sup>690</sup> Gent 25 februari 1956, *R.C.J.B.* 1957, 179, noot P. GRAULICH; W. DELVA en G. BAERT, "Personen- en familierecht. Overzicht van rechtspraak (1960-63)", *T.P.R.* 1964, 261-264. *Contra*: Brussel 25 november 1959, *Pas.* 1961, II, 73; P. GRAULICH, *I.c.*, *R.C.J.B.* 1957, 184; C. RENARD en E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1956-1960)", *R.C.J.B.* 1961, 485-486.

<sup>691</sup> P. GRAULICH, *I.c.*, 191, met het oog op internationale beslisingsharmonie; H. DE PAGE, *o.c.*, I, nr. 647; F. RIGAUX, *Les personnes, o.c.*, nr. 1407. De doelstelling die wij voornamelijk nastreven, nl. om n.a.v. een nietigverklaring partijen te goeder trouw het voordeel van een putatief huwelijk te gunnen, vonden we nergens terug.

<sup>692</sup> Gent 25 februari 1956, *R.C.J.B.* 1957, 179, noot P. GRAULICH; Rb. Brussel 3 november 1956, *Pas.* 1957, III, 107; Rb. Kortrijk 17 mei 1957, *R.W.* 1957-58, 425; Rb. Luik 13 januari 1978,

door het O.M.<sup>693</sup>, uit tot huwelijken waarbij slechts één partner zijn toestemming veinsde.

**457.** In meerdere rechtsstelsels wordt evenwel tot op vandaag aangenomen dat buitenlandse huwelijken niet kunnen worden nietigverklaard<sup>694</sup>.

#### **C.4.B. VOORSTEL: NAAR EEN MOGELIJKHEID VOOR DE BELGISCHE RECHTER OM OOK HUWELIJKEN TE Vernietigen die in het buitenland zijn aangegaan**

**458.** Met het oog op internationale beslissingsharmonie neemt de Belgische rechtspraak een genuanceerde houding aan t.a.v. haar bevoegdheid om buitenlandse huwelijken te vernietigen. Het Verdrag van Den Haag van 14 maart 1978 bevat geen regeling in dit verband. Volgens PAMBOUKIS<sup>695</sup> is slechts de rechter van het land van huwelijkssluiting terzake bevoegd. Andere Staten kunnen het huwelijk slechts niet-tegenstelbaar verklaren<sup>696</sup>. In België verklaart een meerderheidsrechtspraak de Belgische rechtbanken evenwel bevoegd als de nietigheidsgrond het *negotium* (het gebrek in de toestemming) en niet het *instrumentum* (de vereiste van openbare akte) betreft<sup>697</sup>. Op die grond werden

---

*Rev. trim. dr. fam.* 1978, 267, noot J. MATTHIJS; R. DEMOGUE, *Sources des obligations, I*, Paris, Rousseau, 1923, nrs 158 en 159; advies O.M. bij Rb. Brussel 29 oktober 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 293; H. DE PAGE, o.c., I, nrs 22 en 659bis en II, nr. 624; J. GERLO, *Personen- en familierecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 189: beide partijen moeten een schijnhuwelijk hebben beoogd. *Contra*: C. RENARD en E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1956-1960)", *R.C.J.B.* 1961, 486 (het is aangeraden om de regels van het overeenkomstenrecht niet zonder meer te projecteren naar een persoonlijke rechtshandeling als het huwelijk); G. BAETEMAN, *Personen- en Gezinsrecht*, Brussel, Story Scientia, 1988, 249; C. JEEGHERS, *L'engagement matrimonial des époux*, Brussel, Cabay-Bruylant, 1984, 45; J. ROODHOOFT, "Schijnhuwelijken en de ambtenaar van de burgerlijke stand", *De Burg. St.* 1992, 401; J. ROODHOOFT, "Schijnhuwelijken: het huwelijksinstituut misbruikt" *R.W.* 1991-92, 209-222; impliciet: J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1945, *R.C.J.B.* 1947, 42.

<sup>693</sup> Rb. Luik 13 januari 1978, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 265, noot J. MATTHIJS; E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence", *R.C.J.B.* 1961, 485. Zie ook Frankrijk: Paris 11 juni 1974, *Gaz. Pal.* 1974, 293.

<sup>694</sup> Zie o.m. de opvatting van de Nederlandse rechter: *cf. infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 2, randnr. 17.

<sup>695</sup> C. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993, 237.

<sup>696</sup> Zie ook o.m. de opvatting van de Nederlandse rechter: *cf. infra*, deel 4, (polygamie), hoofdstuk 2, randnr. 17.

<sup>697</sup> Luik 16 november 1993, *T.B.B.R.* 1994, 503, noot H. BARNICH, hervormt Rb. Luik 28 juni 1991, *Rev. dr. étr.* 1991, 220, noot M.-CL. FOLETS; Gent 26 april 1973, *R.W.* 1973-74, 1886; Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 46; Rb. Brussel 18 december 1990, *J.T.* 1991, 242; Rb. Brussel 29 december 1987, *Rev. dr. étr.* 1988, 151; Rb. Brussel 18 november 1986, *R.G.D.C.* 1988, 467; Rb. Brussel 30 maart 1976, *J.T.* 1976, 427; Rb. Brussel 30 januari 1970, *J.T.* 1970, 498. *Contra*: Antwerpen 13 juni 1984, *R.W.* 1985-86, 1203 en vroegere rechtspraak waaronder: Brussel 22 mei 1956, *J.T.* 1956, 492, noot P. FORIERS; Gent 25 februari 1956, *R.C.J.B.* 1957, 179, met kritische noot P. GRAULICH ("Nullité du mariage conclu à des fins étrangères à cette institution"): het huwelijk werd slechts niet-tegenstelbaar bevonden. De rechter heeft een nietigverklaring niet overwogen. In casu betrof het een nationaliteitshuwelijk. De partijen waren expliciet overeengekomen om geen levensgemeenschap te vormen. De eerste rechter had geweigerd "in te grijpen in het intiemste van het privéleven omdat dit tegen de menselijke waardigheid in zou druisen".

reeds buitenlandse huwelijken nietigverklaard wegens dwang<sup>698</sup> en wegens schijnhuwelijk.

#### **C.4.C. BELANG VAN EEN NIETIGVERKLARING: HET VOORDEEL VAN EEN PUTATIEF HUWELIJK**

**459.** Het belang van een nietigverklaring bestaat er, zoals we reeds hebben gesteld, in dat enkel langs die weg aan de partner(s) te goeder trouw het voordeel van een putatief huwelijk kan worden verleend. Wordt een huwelijk geacht nooit bestaan te hebben, dan kan het ook nooit rechtsgevolgen hebben geressorteed. Juridisch blijft dan m.a.w. niets over van de feitelijke verhouding die tussen de twee betrokkenen heeft bestaan<sup>699</sup>.

Om die reden hebben we hierboven reeds voorgesteld dat een vordering tot nietigverklaring zou worden ingesteld, telkens als een schijn van huwelijk wordt gewekt. I.p.v. zonder meer te weigeren om een bepaald rechtsgevolg aan het buitenlandse huwelijk te verbinden, zou tot een definitieve beslechting van het lot van het huwelijk worden overgegaan. Vervolgens zou telkens kunnen worden overwogen of (één van) de partners te goeder trouw waren (was) en hen (hem/haar) daarom het voordeel van een putatief huwelijk kan worden verleend.

**460.** Ingevolge art. 202 B.W. geniet het kind steeds het voordeel van een putatief huwelijk. Naar Frans recht is deze onvoorwaardelijke bescherming van de belangen van het kind al in voege sinds 1972. Het Duitse burgerlijk wetboek bevat geen regeling inzake het voordeel van een putatief huwelijk. Rechtspraak onderkent evenwel sinds het begin van de jaren 1980 een grondwettelijk recht voor de echtgenoot te goeder trouw en het kind om enigszins beschermd te worden<sup>700</sup>.

**461.** In België geldt de regeling onvoorwaardelijk sinds 1987. Voorheen genoot het kind het voordeel slechts als minstens één van zijn ouders te goeder trouw was.

Deze voorwaarde geldt tot op vandaag o.m. naar Marokkaans recht. Naar analogie van onze voorgaande suggesties m.b.t. de nietigheidsprocedure menen we dat een correctie kan worden geboden door inroeping van de BIPOO-

---

<sup>698</sup> Brussel 17 oktober 1995, A.J.T. 1995-96, 291, noot K. LAMBEIN en W. WAUTERS; Bergen 7 februari 1995, *J. dr. jeun.* 1995, 471, noot, ter bevestiging van Rb. Bergen 24 november 1993, *onuitg.*: nietigverklaring in toepassing van nationaal (Marokkaans) recht; Rb. Bergen 23 januari 1980, *T. Vreemd.* 1981, 9, noot M. TAVERNE (formuleerde als kritiek dat het Belgische recht werd toegepast en niet het Marokkaanse recht). Het kan een noodtoestand betreffen, ontstaan uit externe omstandigheden: Rb. Brussel 7 april 1945, *Pas.* 1945-46, III, 83. Bij deze uitspraken wordt evenwel aangenomen dat dwang moet worden aangetoond door een samenloop met overeenstemmende vermoedens van schijnhuwelijk: bv. huwelijk op heel jonge leeftijd, gebrek aan samenwonen, partners kenden elkaar voorheen niet of nauwelijks, partners hebben geen huwelijksvermogenscontract opgesteld, voorlegging van een bewijs van maagdelijkheid.

<sup>699</sup> Rb. Luik 27 februari 1976, J.L. 1975-76, 275.

<sup>700</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 100.



exceptie<sup>701</sup>, opdat het Marokkaanse kind steeds het voordeel van een putatief huwelijk zou kunnen genieten. Dergelijke bescherming binnen de Belgische rechtssfeer, over de grenzen van het nationale recht heen, wordt vandaag reeds toegekend binnen het afstammingsrecht, n.a.v. de confrontatie met buitenlandse regelgeving die de vaststelling van de afstamming strenger of in strijd met het belang van het kind regelt<sup>702</sup>.

**462.** Ruimer nog stellen we voor om de Belgische regeling inzake het voordeel van een putatief huwelijk algemeen als minimumregeling te hanteren. Slechts gelijkaardige of soepelere buitenlandse regelingen zouden bij voorkeur toepassing genieten, mits ze verenigbaar zijn met de B.I.P.O.O. We staan hier nader bij stil bij onze bespreking van het polygame huwelijk<sup>703</sup>.

**463.** Het voordeel van een putatief huwelijk heeft als gevolg dat burgerlijke rechtsgevolgen die vóór de nietigverklaring zijn ontstaan, definitief verworven zijn. De Dienst Vreemdelingenzaken bevestigde dat ook het verblijfsrecht van de persoon die het voordeel van een putatief huwelijk geniet, definitief gewaarborgd is, mits hij op het ogenblik van de nietigverklaring reeds een over een zelfstandig verblijfsrecht beschikte<sup>704</sup>. Wordt het huwelijk daarentegen zonder meer vernietigd of als onbestaand beschouwd, dan vervalt het verblijfsrecht dat was gesteund op gezinshereniging ingevolge rechtspraak van de Raad van State steeds *ex tunc* en *erga omnes*<sup>705</sup>, ook als inmiddels een zelfstandig recht op verblijf was verworven<sup>706</sup>.

**464.** Slechts humanitaire omstandigheden<sup>707</sup> of een vluchtelingenstatuut kunnen een verwijdering van het grondgebied voorkomen. En dat doen ze in de praktijk ook vaak effectief.

**465.** We menen bovendien dat een uitzetting niet steeds mogelijk zal zijn als de betrokkene inmiddels in België is gevestigd of de bescherming geniet van art. 21 Vreemdelingenwet. Het verval van de oorspronkelijke verblijfsgrond volstaat daartoe niet. Aangetoond moet worden dat de betrokkene een ernstig gevaar vormt voor de openbare orde. Is het huwelijk nietigverklaard op grond van schijnhuwelijk, dan is het denkbaar dat dergelijke schending kan worden aangenomen<sup>708</sup>. In de andere gevallen zullen daartoe o.i. aanvullende

<sup>701</sup> P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 351.

<sup>702</sup> Rb. Brussel 7 oktober 1986, *T.B.B.R.* 1988, 455; Rb. Antwerpen 2 november 1983, *Rev. dr. étr.* 1985, 34; Rb. Brussel 22 september 1980, *Pas.* 1980, III, 54.

<sup>703</sup> Cf. *infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 2, randnrs 65 e.v.

<sup>704</sup> Rb. Charleroi 30 april 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1029.

<sup>705</sup> R.v.St. nr. 97.206 van 28 juni 2001, *T. Vreemd.* 2001, 344.

<sup>706</sup> Zie ook voor Frankrijk: Csl d'Etat fr. 2 december 1992, *D.* 1993, Infos Rapides 11.

<sup>707</sup> Uit een recente uitspraak van de Raad van State blijkt dat ouderschap over een kind dat in België verblijft, daar niet steeds toe volstaat: R.v.St. nr. 97.206 van 28 juni 2001, *R.W.* 2002-2003, 63: het kind verleent geen recht op gezinshereniging aan de ouder. Het wordt aan het discretionaire oordeel van de minister overgelaten om de ouder al dan niet tot het verblijf te machtigen, in het licht van art. 8 E.V.R.M.

<sup>708</sup> Zoals bv. bij R.v.St. nr. 97.206 van 28 juni 2001, *T. Vreemd.* 2001, 344.

argumenten moeten worden aangehaald<sup>709</sup>.

## C.5. BEDENKINGEN BIJ DE ONMOGELIJKHEID OM DE NIETIGHEID TE DEKKEN OF HET HUWELIJK ACHTERAF TE VALIDEREN

### C.5.A. VOORSTEL VAN EEN VERALGEMEENDE MOGELIJKHEID OM DE NIETIGHEID (WEGENS TOESTEMMINGSGEBREKEN) NAAR BELGISCH RECHT VAN EEN HUWELIJK TE DEKKEN

**466.** Een schijnhuwelijk schendt de openbare orde<sup>710</sup>. Daaruit wordt tot op vandaag de onmogelijkheid afgeleid om de nietigheid van het huwelijk op één of andere manier te dekken<sup>711</sup>. Het volstaat bijvoorbeeld niet om na verloop van tijd interesse voor elkaar op te brengen<sup>712</sup> of een “vie commune ultérieure” op te werpen<sup>713</sup>. De intenties op het ogenblik van de huwelijksluiting zijn doorslaggevend<sup>714</sup>.

**467.** Het lijkt evenwel niet eenvoudig om de aanvankelijke schijn nog te bewijzen als de partners zich na verloop van tijd effectief als gehuwd koppel gaan gedragen<sup>715</sup>. Wordt reeds een opportunistisch oogmerk onderkend, dan nog kan het huwelijk worden gekwalificeerd als een zakelijk huwelijk. Zakelijke huwelijken zijn rechtsgeldig<sup>716</sup>.

<sup>709</sup> Cf. *infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 4, randnrs 12-14, onze opvatting dat polygamie, ook al schendt dat de openbare orde, niet volstaat om de polygame echtgenote te beschouwen als een ernstig gevaar voor de openbare orde.

<sup>710</sup> Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 230, advies O.M. Zie in dezelfde zin: Luik 30 juni 1999, 1997/A.R./1098, *onuitg.*; Antwerpen 4 mei 1999, 1998/A.R./151, *onuitg.*; Rb. Brussel 10 februari 1999, [http://www.cass.be/cgi\\_juris](http://www.cass.be/cgi_juris); Antwerpen 16 juni 1998, 1995/A.R./447, *onuitg.*; Antwerpen 28 april 1998, A.J.T. 1999, 540; Brussel 10 februari 1998, 1996/A.R./1629, *onuitg.*; Antwerpen 25 november 1997, 1996/A.R./618, *onuitg.*; Antwerpen 18 november 1997, 1996/A.R./3439, *onuitg.*; Brussel 7 december 1995, J.T. 1996, 224; Brussel 7 juni 1994, T.B.B.R. 1995, 377. Sommige uitspraken verwijzen tevens naar wetontduiking: Rb. Mechelen 18 maart 1999, A.R. 99/106/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 28 oktober 1999, A.R. nr. 99/43/A, *onuitg.*; Rb. Gent 27 januari 2000, A.R. 99/1176/A, *onuitg.*; Rb. Gent 3 februari 2000, A.R. 99/422/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 28 september 2000, A.R. nr. 00/1011/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 9 november 2000, A.R. 00/1454/A, *onuitg.*; Antwerpen 3 januari 2001, A.R. 2001/69, *onuitg.*; Rb. Gent 13 december 2001, A.R. 01/3446/A, *onuitg.*; Rb. Gent 24 januari 2002, A.R. 98/2553/A, *onuitg.*; Rb. Gent 31 januari 2002, A.R. 00/512/A, *onuitg.*; Rb. Gent 7 maart 2002, A.R. 02/197/A, *onuitg.*

<sup>711</sup> Rb. Brussel 15 mei 1981, J.T. 1981, 523; Antwerpen 13 januari 1998, A.J.T. 1998-99, 74; Antwerpen 28 april 1998, A.J.T. 1999, 540; Antwerpen 16 juni 1998, 1995/A.R./447, *onuitg.*; Antwerpen 18 november 1997, 1996/A.R./3439, *onuitg.*; Gent 13 februari 2001, A.R. 2001/769, *onuitg.*: een jaar samenwoning en kind dekken de nietigheid niet); Antwerpen 7 februari 2001, 2000/AR/94, *onuitg.*; Luik 27 juni 2001, 1999/RG/436, *onuitg.*

<sup>712</sup> O.m. Rb. Luik 12 maart 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 271.

<sup>713</sup> Rb. Brussel 15 mei 1981, J.T. 1981, 523.

<sup>714</sup> Cass. 19 maart 1992, *Rec. Cass.* 1992, nr. 128-129, noot P. SENAËVE: een arrest dat beslist dat een huwelijk een schijnhuwelijk is, begaat daarmee geen inbreuk op art. 8 of 12 E.V.R.M.; Brussel 1 februari 1994, J.L.M.B. 1994, 599, noot M. LIENARD-LIGNY; Rb. Brussel 31 maart 1992, T.B.B.R. 1994, 75; Vred. Turnhout 14 maart 1991, *Turnh. Rechtsl.* 1992, 159; Rb. Luik 13 januari 1978, J.L. 1978-79, 55; Civ. Brussel 15 mei 1981, J.T. 1981, 523.

<sup>715</sup> Zie in dezelfde zin: H. WILLEKENS, “Artikel 146 B.W.”, in *Comm. Pers.* (1991), 14.

<sup>716</sup> S. D'HONDT, “Over schijn, zaken en schijnbare zaken. De geldigheid van het zakelijke huwelijk herafgewogen tegen de nietigheid van het schijnhuwelijk”, *R.W.* 2001-2002, 145-153,

**468.** Bewijzen dat de enige doelstelling van een huwelijk erin bestaat de verblijfspositie in België van één van beide partners te regulariseren, gebeurt, zoals we hierboven reeds aanhaalden, aan de hand van uiteenlopende vaststellingen, zoals onder meer een gebrek aan samenwoning<sup>717</sup>, tegenstrijdige verklaringen, het onderling niet kunnen communiceren, enz. Het betreft stuk voor stuk elementen die door een langdurige samenwoning kunnen worden weerlegd<sup>718</sup>.

**469.** Ook als het bewijs van veinzing effectief kan worden geleverd, rijst de vraag of het opportuun is om een huwelijk waarvan de partijen achteraf effectief werk maken, te vernietigen. Ook al draagt de huwelijksluiting definitief een smet, aangezien bij de sluiting geen oprechte doelstelling aanwezig was, de stelling dat het huwelijk als dusdanig de openbare orde *blijft* schenden, is ons inziens voor betwisting vatbaar<sup>719</sup>.

**470.** Het huwelijksrecht staat in meerdere omstandigheden open voor correcties in functie van de werkelijk beleefde toestand. Enerzijds kan een huwelijk worden ontbonden indien de partners hun toestemming niet langer als volwaardig beschouwen. Anderzijds kunnen de feiten na een zekere termijn de meeste nietigheidsgronden achterhalen en daardoor de nietigheid dekken<sup>720</sup>. Een voortzetting van de samenwoning na ontdekking van de dwaling of herwinning

---

met verwijzing naar o.m. Rb. Hasselt 18 februari 1998, *T.B.B.R.* 1999, 64; Rb. Brussel 9 april 1997, *E.J.* 1998/3, 45, noot V. VAN DEN EECKHOUT; Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 16 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 62; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Gent 30 juni 1994, *R.W.* 1994-95, 574; Rb. Brussel 31 maart 1992, *T.B.B.R.* 1993, 75; Rb. Brussel 11 december 1990, *J.T.* 1991, 412; Rb. Luik 19 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 351; Rb. Namen 29 april 1987 en 10 november 1987 (rectif.), *J.T.* 1990, 13, noot D. STERCKX (tevens postuum huwelijk); Rb. Bergen 21 februari 1986, *J.T.* 1987, 370. Ook de Omz. van 17 december 1999 inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, *B.S.* 31 december 1999, stelt: "Het recht om te huwen, zoals verwoord in art. 12 E.V.R.M. en art. 23 I.V.B.P.R. is niet verbonden aan de verblijfstoestand van de betrokken partijen. Hieruit volgt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de opmaak van de akte van aangifte en de voltrekking van het huwelijk niet kan weigeren op grond van het loutere feit dat een vreemdeling illegaal in het Rijk verblijft".

<sup>717</sup> O.m. Rb. Mechelen 1 februari 1999, A.R. nr. 00/524/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 24 juni 1999, A.R. 98/1741/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 28 september 2000, A.R. nr. 00/1011/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 9 november 2000, A.R. nr. 00/407/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 9 november 2000, A.R. nr. 00/1454/A, *onuitg.*; Rb. Mechelen 15 maart 2001, A.R. nr. 00/1539/A, *onuitg.*; Antwerpen 6 februari 2002, 2001/AR/1200, *onuitg.*; Rb. Gent 7 maart 2002, A.R. nr. 01/4346/A, *onuitg.*; Antwerpen 19 maart 2002, 2000/AR/2991, *onuitg.*

<sup>718</sup> Ook al kan de samenwoning om andere, bv. professionele, redenen zijn ingesteld, en betekent ze bovendien niet noodzakelijk dat de betrokkenen een huishouden vormen, het bewijs van schijnhuwelijk ligt moeilijk: Rb. Luik 13 januari 1978, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 265; Rb. Bergen 23 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 403, noot M. TAVERNE.

<sup>719</sup> De Duitse wetgever deelt ons standpunt: § 1315, 5 B.G.B.: hebben de partners bij de huwelijksluiting overeengekomen om samenwoning uit te sluiten, maar wonen ze achteraf toch samen, dan is het huwelijk niet langer 'aufhefbar'.

<sup>720</sup> Art. 181 B.W.; Rb. Brussel 18 december 1990, *J.T.* 1991, 242.

van de vrije wil, creëert na zes maanden een bezit van staat van huwelijk<sup>721</sup> en maakt elke latere vordering tot nietigverklaring onontvankelijk als deze uitgaat van één van de echtgenoten<sup>722</sup>. Een vordering tot nietigverklaring kan bovendien in beginsel slechts worden ingesteld door de echtgenoot wiens toestemming niet vrij was<sup>723</sup>.

**471.** Het verloop van zes maanden na het bereiken van de meerderjarigheid - ongeacht of er al dan niet sprake is van samenwoning - dekt op zijn beurt de nietigheid van een huwelijk dat is aangegaan in strijd met de leeftijdsvereiste<sup>724</sup>, ongeacht wie de nietigheid vordert. Deze leeftijdsvereiste is nochtans eveneens ingegeven door overwegingen van openbare orde, met name in het kader van de strijd tegen kinderhuwelijken.

**472.** Slechts de nietigheid op grond van schijnhuwelijk kan wegens haar karakter van openbare orde niet gedekt worden en kan door eenieder worden ingeroepen. Onveranderlijk wordt de geldigheid van het huwelijk nagegaan op grond van de intentie op het ogenblik van de huwelijksluiting<sup>725</sup>. Zowel het O.M.<sup>726</sup>, de echtgenoten zelf, ook al waren ze bij de huwelijksluiting niet te goeder trouw<sup>727</sup>, hun familieleden<sup>728</sup>, als derden die blijk geven van een materieel belang<sup>729</sup>, zijn titularis van het vorderingsrecht.

**473.** Aangezien voorheen<sup>730</sup> een schijnhuwelijk werd nietigverklaard via de techniek van de virtuele nietigheden, met een verwijzing naar art. 146 en 180 B.W., betekent dit dat strikt genomen voorheen de partners de nietigverklaring van het huwelijk wegens schijn na zes maand samenwoning niet langer konden vorderen. Ook was het aantal titularissen beperkter dan werd aangenomen<sup>731</sup>.

<sup>721</sup> Art. 196 B.W.; Cass. 11 mei 1939, *Pas.* 1939, I, 239; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54.

<sup>722</sup> Art. 181 j° 180 B.W.

<sup>723</sup> Art. 180 B.W.; o.m. Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2915.

<sup>724</sup> Art. 185 B.W.

<sup>725</sup> Rb. Brussel 18 oktober 1995, *T. Vreemd.* 1997, 298; Brussel 21 maart 1995, *A.J.T.* 1994-95, 565.

<sup>726</sup> Luik 1 april 1988, *Rev. rég. dr.* 1988, 379; Antwerpen 7 oktober 1985, *Pas.* 1985, II, 204; Brussel 28 januari 1986, *Pas.* 1986, II, 56; Rb. Dendermonde 27 juni 1985, *T. Vreemd.* 1986, 34.

<sup>727</sup> Cass. 8 december 1966, *Pas.* 1967, I, 434. *Contra*: Rb. Luik 3 februari 1966, *J.L.* 1965-66, 203.

<sup>728</sup> Tussen bloedverwanten wordt geen enkel onderscheid meer gemaakt ingevolge de afstammingswet van 31 maart 1987. Art. 187 B.W. is door een samenlezing met art. 202 B.W. inhoudsloos geworden: zie H. WILLEKENS, "Artikel 187 B.W.", in *Comm. Pers.* (1991), 2.

<sup>729</sup> Antwerpen 13 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 74; Antwerpen 1996/AR/3308 en 1996/AR/3342, 4 november 1997, *onuitg.*; Antwerpen 1996/AR/455, 22 oktober 1996, *onuitg.*; Antwerpen 31 oktober 1990, *T.B.B.R.* 1992, 358, noot J. ROODHOOFT; Rb. Brussel 15 mei 1981, *J.T.* 1981, 523, noot D. STERCKX; H. WILLEKENS, "Artikel 184 B.W.", in *Comm. Pers.* (1991), 3. Het kan gaan om de onderhoudsgerechtigde ex-echtgenoot en alle andere schuldeisers of derden-verkrijgers van een van de echtgenoten.

<sup>730</sup> En mogelijk ook vandaag nog, wanneer het schijnhuwelijk door een ander motief dan een louter verblijfsmotief is ingegeven: zie hierover: S. D'HONDT, "Artikel 146bis B.W.", in *Comm. Pers.* (1999).

<sup>731</sup> Cf. *supra*, de hierboven aangehaalde rechtspraak.

**474.** Vandaag is aan art. 146*bis* B.W. evenwel een onbeperkt vorderingsrecht verbonden. Dit volgt uit een gecombineerde lezing van art. 184, 185 en 180 B.W. Aangezien art. 184 bepaalt dat een vordering op grond van art. 146*bis* B.W. openstaat voor een ruim aantal titularissen, kan de restrictievere bepaling van art. 180 B.W. niet van toepassing zijn op schijnhuwelijken. Ook de regeling van art. 181 B.W. is dat bijgevolg niet.

**475.** Het bewijs van de veinzing zal weliswaar moeilijk zijn, aangezien het ontbreken van samenwoning haast een noodzakelijk element in de bewijsvoering is geworden, en het risico *in casu* eerder zal zijn dat met een vordering tot nietigverklaring de bepalingen inzake echtscheiding worden omzeild<sup>732</sup>. Een nietigverklaring is evenwel niet uitgesloten, ook al is mettertijd de (voldoende) huwelijksdoelstelling ontstaan om een duurzame levensgemeenschap te vormen.

**476.** We herhalen evenwel onze vraag waarom een overtreding van de leeftijdsvereiste en van andere wilsgebreken kan verjaren (door dekking van de nietigheid na verloop van tijd), terwijl een frauduleuze intentie bij de huwelijksluiting dat niet kan, als het huwelijk na verloop van tijd oprecht wordt. Kan niet algemeen worden bepaald dat het vorderingsrecht vervalt na verloop van een redelijke termijn, bv. vier jaar ononderbroken samenwoning, de termijn die o.i. best wordt vereist voor de verwerving van een zelfstandig recht op verblijf?

#### **C.5.B. VOORSTEL VAN EEN VERALGEMEENDE MOGELIJKHEID OM DE NIETIGHEID VAN EEN HUWELIJK OP GROND VAN TOESTEMMINGSGEBREKEN TE DEKKEN, OOK ALS DE NIETIGHEID IN BEGINSEL WORDT BEPAALD IN TOEPASSING VAN BUITENLANDS RECHT**

**477.** De Belgische bepaling van art. 180 en 181 B.W. dat de nietigheid wegens wilsgebrek slechts kan worden gevorderd door de partner wiens wil was aangetast en dat alvorens zes maanden samenwoning zijn verstreken nadat hij zijn volle vrijheid heeft verkregen, geniet in beginsel slechts toepassing bij de nietigverklaring van buitenlandse huwelijken die geldig zijn in toepassing van de *lex patriae*. De geldigheid van een huwelijk wordt immers beoordeeld a.h.v. die wet. Slechts als deze het huwelijk erkent terwijl naar Belgisch recht beletselen van openbare orde rijzen, treedt de BIPOO in werking en wordt de Belgische wet als *lex fori* toegepast. Is het huwelijk tevens nietig in toepassing van de *lex patriae*, dan zou de dekking m.a.w. mogelijk niet optreden. Stelt de *lex patriae* geen gelijkaardige verzachting op de nietigheidssanctie, dan blijft het huwelijk in beginsel nietig.

**478.** We stellen ter zake evenwel een verzachting voor. Ook bij ongeldigheid van

<sup>732</sup> Voor rechtspraak: zie S. D'HONDT, "De aangifte van het huwelijk - commentaar bij de Wet van 4 mei 1999", *E.J.* 1999, 109, noot 113. Aangezien de echtscheiding tegenwoordig gemakkelijk bekomen wordt, hoeft evenwel niet langer voor een dergelijk misbruik te worden gevreesd: C. JEEGERS, *L'engagement matrimonial des époux*, Brussel, Rééd. Academia/Bruylant, 1988, 45-98; C. GILLES, "La nullité des mariages simulés", *J.T.* 1991, 362.

het huwelijk in toepassing van het personele recht van de vreemdeling moet o.i. de Belgische mogelijkheid tot *a posteriori* 'regulariserend stilzitten'<sup>733</sup> uit *favor matrimonii* kunnen gelden. Deze opvatting impliceert evenwel dat zou worden afgeweken van de verwijzingsregel die het personele recht aanwijst voor de bepaling van de nietigheidsgronden en hun draagwijdte. Hetzelfde geldt voor wat betreft ons aanknopingsvoorstel voor de vreemdeling zonder stabiele verblijfsspositie die voor een behouden (voorlopige) toepassing van de *lex patriae* of de wet van de Staat van voormalig stabiel verblijf heeft geopteerd.

**479.** Ook al verzet de BIPOO zich vermoedelijk niet tegen strengere buitenlandse bepalingen, we menen dat het uit eerbied voor de feitelijke gezinssituatie die reeds de intentie en de schijn van een huwelijk geniet (*favor matrimonii*) is aangewezen om de soepelheid van het Belgische interne recht door te trekken naar I.P.R.-situaties. De partijen hebben er kennelijk zelf voor geopteerd om een hinkende rechtssituatie te creëren als blijkt dat een huwelijksvereiste van de *lex patriae* is overtreden en ze niettemin de kans onbenut laten om ertegen op te treden.

**480.** Met dit voorstel beogen we geenszins om vreemdelingen in het algemeen de mogelijkheid te bieden om het eigen recht te overtreden en dus eigenlijk *fraude à la loi* te plegen als hen dat beter uitkomt. Wél menen we dat de buitenlandse wet niet steeds even strikt moet worden toegepast. De Belgische rechter dient er o.i. na verloop van de genoemde termijn en in de gegeven omstandigheden voor te opteren om een hoger rechtsbelang te beschermen, m.n. het recht op bescherming van het volgehouden gezinsleven met de schijn van een huwelijk. Hij dient daar o.i. zo ver in te gaan dat hij buitenlands recht buiten toepassing moet laten, niet omdat een toepassing ervan de BIPOO schendt, maar omdat ze niet strookt met een andere belangrijke rechtsopvatting, m.n. de doelstelling om oprecht feitelijk gezinsleven te beschermen tenzij het de openbare orde schendt.

**481.** O.i. is er ruimte voor dergelijke verruimde *favor matrimonii*. Vandaag reeds leggen bepaalde rechters een gelijkaardige soepelheid aan de dag bij de toekenning van het voordeel van een putatief huwelijk. Dat voordeel wordt steeds vaker toegekend aan elke partij te goeder trouw die erom verzoekt, ook als zijn personele wet deze rechtsfiguur niet kent<sup>734</sup>.

<sup>733</sup> Hiermee bedoelen we het niet optreden tegen het wilsgebrek binnen de vooropgestelde termijn.

<sup>734</sup> Dergelijke openheid kan impliciet worden afgeleid uit de toekenning van het voordeel in een aantal gevallen waarbij de rechter het niet nodig achtte om na te gaan of de wet in toepassing waarvan de vernietiging was toegestaan, wel putativiteit toestond: Brussel 7 juni 1994, *T.B.B.R.* 1995, 377, noot J. ROODHOOFT; Antwerpen AR 1999/AR/3250 van 7 februari 2001, *onuitg.*; Brussel 6 maart 2001, *E.J.* 2001, 140, noot K. JANSEGGERS en J. VERHELLEN. In dezelfde zin: S. VALCKENBORGH, "Overzicht van rechtspraak (1994-2001) – De nietigverklaring van het huwelijk", *E.J.* 2002, 64 en J. ERAUW, *Beginnelen van internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 154. *Contra*: Antwerpen 28 april 1998, *A.J.T.* 1999-00, 540: "dat er gelet op het voorgaande geen sprake kan zijn van het voordeel van putatief huwelijk in hoofde van appellant en die mogelijkheid overigens naar Marokkaans recht niet bestaat".

**482.**M.b.t. de nietigheidsregeling bij overtreding van de toestemmingsvereiste wijken we hiermee af van ons aanknopingsvoorstel. We stelden voor om ook t.a.v. vreemdelingen zonder stabiele verblijfsspositie die opteren voor een behouden (voorlopige) toepassing van hun *lex patriae*, af te wijken van de aanknopings bij die wet als de nietigheidsbepalingen ervan strenger zijn dan naar Belgisch recht. Dit voorstel is ingegeven door *favor matrimonii*. Deze doelstelling primeert o.i. op een rigied vasthouden aan aanknopingsregels.

## **C.6. BESLUIT: VOORSTEL IN HET LICHT VAN DE AANKNOPINGSPROBLEMATIEK**

**483.**Ook voor de beoordeling van gebreken in de toestemming is het aangewezen om na verwerving van een stabiele verblijfsspositie Belgisch recht toe te passen<sup>735</sup>. Gezien de casuïstische benadering blijft daarbij voldoende ruimte voor persoonlijke elementen van invloed. Onze rechtspraakanalyse wijst uit dat bij die persoonsgebonden beoordeling vandaag reeds rekening wordt gehouden met elementen als (te verwachten) integratie. Een hertekening van het aanknopingsbeleid zou m.a.w. in dit verband wettelijke grondslag verlenen aan een aanpak die vandaag reeds zekere doorgang geniet.

**484.**Bij schijnhuwelijken impliceert de aard van de situatie – het wettige verblijf vangt pas aan na de huwelijksluiting – dat de betrokkene nog geen stabiele verblijfsspositie verworven heeft. Bepaalde rechtspraak wijst evenwel uit dat ruim gebruik wordt gemaakt van de *renvoitechniek*, van een verwijzing naar de Belgische wet als politiewet of op grond van wetsontduiking of omdat de nationale wet het schijnhuwelijk niet als nietigheidsgrond beschouwt of, tenslotte, zonder nadere motivering. We kunnen ons dan ook de vraag stellen naar het nut van een verdere toepassing van de nationale wet, nu deze toch uitgeschakeld wordt zodra ze niet het gewenste resultaat oplevert<sup>736</sup>.

**485.**Bepaalde auteurs werpen evenwel op dat een afwijking van het nationaliteitsbeginsel de internationale beslissingsharmonie in het gedrang brengt<sup>737</sup>. Het Hof van Cassatie ondersteunde een subsidiaire toepassing van de *lex fori* vooralsnog slechts “*onder meer in dringende gevallen, voor zover de vreemde wet niet onmiddellijk kan worden toegepast, en voor zover de lex fori de normaal toepasselijke wet slechts voorlopig vervangt*”<sup>738</sup>.

<sup>735</sup> Dit voorstel zou stroken met de wens van o.m. vele islamitische vrouwen in Nederland om hun eigen recht niet langer toegepast te zien, maar wel de inachtnaam van religieuze elementen mogelijk te houden: L. JORDENS-COTRAN, “De islam in het Nederlandse rechtstelsel. Enkele aspecten”, in S.W.E. RUTTEN (ed.), *Recht van de islam 10*, Maastricht, RIMO, 1992, 20-45.

<sup>736</sup> Voor een verdere bespreking: zie K. VANLEDE, *l.c.*; J. MEEUSEN (1997); M. LIENARD-LIGNY, “Loi applicable à l’annulation du mariage pour simulation”, *J.L.M.B.* 1994, 598 en “Jurisprudence belge de droit international privé. Nationalité et relations familiales (1990-1994)”, *R.B.D.I.* 1995, 702.

<sup>737</sup> E. SPANOGHE en J. ERAUW, “Het huwelijk en de echtscheiding in het Belgisch Internationaal Privaatrecht”, *T.P.R.* 1982, 302.

<sup>738</sup> Cass. 12 december 1985, *R.W.* 1986-87, 99, noot J. ERAUW, *Pas.* 1986, I, 478, *Rev. Not. b.*

**486.** Rekening houdend met de mogelijkheid dat een buitenlandse nietigheidsregeling met zijn instellingsgronden, procedure en rechtsgevolgen een correctie biedt op een desgevallend gebrek aan bescherming in aanverwante materies, menen we dat het inderdaad de voorkeur geniet om het buitenlandse recht te raadplegen en in beginsel toe te passen op vreemdelingen zonder stabiele verblijfsspositie die daarvoor opteren.

---

1986, 353, noot R. VANDER ELST.



## HOOFDSTUK 3. DE VEREISTE DAT GEEN VERWANTSCHAPSBELETSELEN RIJZEN

### A. INLEIDING

#### A.1. OPZET

1. Vervolgens behandelen we de vraag of het is aangewezen om buitenlandse verwantschapsbeletselen die steunen op buitenlandse verwantschapsvormen zonder equivalent naar Belgisch recht, aan de grondslag te laten liggen van een huwelijksverbod, van een weigering om het huwelijk te erkennen of van een nietigverklaring van het huwelijk.

2. Deze vraag kan niet worden losgekoppeld van de vraag of en in welke mate ons recht openstaat voor onbekende verwantschapsvormen en bijgevolg nieuwe wijzen van gezinsvorming. Wordt bv. melkverwantschap door de Belgische familierechter niet als een verwantschapsband beschouwd, maar hoogstens als een feitelijke pleegsituatie, dan zal deze situatie logischerwijze ook niet aan de grondslag liggen van een huwelijksbeletsel.

3. Vanuit deze optiek is het interessant om de melkverwantschap, de spirituele verwantschap, de *kafala*, de kinderschenking, de circulatie van kinderen en andere pleegsituaties aan een onderzoek onderwerpen, op zoek naar hun plaats binnen het Belgische I.P.R. Dergelijk onderzoek vormt evenwel niet het voorwerp van dit proefschrift.

4. We gaan in deze bespreking dan ook uit van de kwalificaties die het I.P.R. vandaag aan de genoemde verwantschapsvormen verleent. We laten ons niet in met de vraag of deze kwalificaties binnen het afstammingsrecht al dan niet wenselijk zijn, maar beperken ons ertoe ze te vergelijken met de plaats die de I.P.R.-rechter de genoemde buitenlandse verwantschapsvormen toebedeelt bij de beoordeling van de grondvoorwaarden om te huwen.

5. De vergelijking in deze titel van de wijze waarop in beide zijtakken van het familierecht, het huwelijksrecht en het verwantschapsrecht<sup>1</sup>, wordt omgegaan met de buitenlandse verwantschapsvorm, zal ons in staat stellen om de huidige juridische aanpak te beoordelen op zijn consistentie.

Beschouwt de rechter de betreffende verwantschapsvormen slechts als pleegsituaties, dan is het, zoals gezegd, moeilijk denkbaar dat hij wél zou aannemen dat een huwelijksbeletsel dat steunt op de genoemde relaties moet worden toegepast, tenzij de buitenlandse wetgever ook tussen personen in een

---

<sup>1</sup> De term 'afstammingsrecht' lijkt ons minder adequaat, alhoewel ook de adoptieve verwantschap onder de noemer 'afstamming' wordt gebracht.

pleegsituatie een huwelijksverbod instelt en de I.P.R.-rechter meent dat dat beletsel moet worden toegepast. Wordt buiten die laatste hypothese een buitenlands huwelijksverbod tussen pleegouder en pleegkind door de Belgische I.P.R.-rechter toegepast, terwijl de betreffende rechtsverhouding over het algemeen niet dezelfde juridische draagwijdte wordt verleend als gebeurt door het buitenlandse recht dat het huwelijksbeletsel steunt op een juridische verwantschapsband, dan zou tot een onevenwichtige situatie leiden. Buitenlandse regels tot verhindering van gezinsvorming (bv. huwelijksbeletsen) zouden – mits ze verenigbaar zijn met de B.I.P.O.O. – meer doorgang vinden dan buitenlandse wijzen van gezinsvorming (bv. pleegsituaties)<sup>2</sup>. Mocht een administratieve dienst op dergelijke wijze met buitenlandse gezinsconcepten omgaan, dan zou dit kunnen wijzen op een verscholen techniek van restrictieve migratiepolitiek.

In het familierecht kan minder gemakkelijk tot dergelijk opzet besloten worden. De rechter beslist immers als onafhankelijke instantie op individuele basis n.a.v. een individueel geval. Het is moeilijk denkbaar dat hij zich daarbij zou laten leiden door een overheidsbeleid, te meer daar dat, gezien de gevoelige materie, niet erg doorzichtig is.

6. Niettemin is het van belang om te wijzen op mogelijke inconsequenties, los van de vraag door welke overwegingen ze zijn ingegeven.

Om die reden spitsen we ons niet louter toe op verwantschapsbeletsen die de (gepubliceerde) rechtspraak aanreikt. We onderwerpen tevens de meest voorkomende buitenlandse wijzen van gezinsvorming aan een onderzoek naar hun juridische kwalificatie.

7. Tot een restrictieve migratiepolitiek zou overigens wél besloten kunnen worden in relatie tot de wijze waarop ambtenaren van de burgerlijke stand en de Dienst Vreemdelingenzaken omgaan met de gestelde vragen. Vormen buitenlandse verwantschapsvormen (ook) voor hen een beletsel om te huwen, terwijl aan die verwantschapsband, i.t.t. naar buitenlands recht, geen andere rechtsgevolgen ter bescherming van het gezinsleven worden verbonden, noch door de Belgische I.P.R.-rechter, noch door de Dienst Vreemdelingenzaken in het kader van bv. een verzoek tot gezinshereniging op grond van art. 9 Vreemdelingenwet, dan gaat daarachter mogelijk een restrictief beleid schuil. Hanteren zowel de burgerrechtelijke als de administratieve instanties een gelijkaardig restrictief gezinsconcept, dan kan het familierechtelijke concept weliswaar een gedeeltelijke verklaring vormen voor restrictieve opvattingen inzake gezinsherenigingsrecht. De verblijfsinstanties zouden hun weigeringen

---

<sup>2</sup> Impliciet in dezelfde zin: V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1252. Zie ook V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid", *Nemesis* 2002, 83, waar ze suggereert dat de evolutie van het I.P.R. slechts incidenteel en op casuïstische gronden mede wordt bepaald door een restrictieve migratiepolitiek, maar tegelijk wijst op de systematische invloed van de strijd tegen schijnhuwelijken en schijnkerkenningen.

kunnen steunen op de terughoudendheid binnen het familierecht en minder gemakkelijk een intentioneel restrictief migratiebeleid verweten kunnen worden. Het familierechtelijke en het verblijfsrechtelijke gezinsconcept zouden immers niet zover uiteen liggen. Of ze gerechtvaardigd zouden zijn, is evenwel een andere vraag.

Het mag duidelijk zijn dat we ons onderzoek van de verwantschapsbeletselen mee zullen laten sturen door deze vraagstelling. Daarbij gaan we in de eerste plaats na welke plaats de buitenlandse rechtsordes zelf geven aan hun verwantschapsbeletselen en aan de verwantschapsbanden die eraan ten grondslag liggen. De bovenstaande hypothese hoeft geenszins te getuigen van enige vooringenomenheid. Het resultaat van dit deelonderzoek zal dit uitwijzen.

8. We houden onze klassieke werkwijze aan en gaan van start met een overzicht van de evolutie van het internrechtelijke beletsel. Vervolgens vergelijken we de aandachtspunten van het interne recht met de wijze waarop de I.P.R.-rechter met de corresponderende buitenlandse huwelijksbeletselen omgaat.

Tenslotte komen buitenlandse verwantschapsbeletselen aan bod die ongekend zijn naar Belgisch recht. We gaan na of ze naar buitenlands recht steunen op een juridische verwantschapsband. Is dat het geval, dan toetsen we hun toepassing of buitentoepassingverklaring door de Belgische ambtenaar of I.P.R.-rechter aan de kwalificatie die de Belgische I.P.R.-rechter geeft aan de corresponderende verwantschapsvorm.

## **A.2. ONZE OMGANG MET BUITENLANDSE GEZINSCONCEPTEN, GETOETST AAN DE EVOLUTIE VAN DE VERWANTSCHAPSBELETSELEN O.I.V. EEN GEWIJZIGD BELGISCH GEZINSCONCEPT**

### **A.2.A. DE EVOLUTIE VAN DE VERWANTSCHAPSBELETSELEN O.I.V. EEN GEWIJZIGD BELGISCH GEZINSCONCEPT**

#### **\* *De verruiming van het Belgische kerngezinsconcept o.i.v. het arrest-Marckx***

9. Zowel naar Belgisch recht, als naar de meeste buitenlandse rechtssystemen geldt een huwelijksverbod tussen personen met een nauwe onderlinge verwantschapsband<sup>3</sup>. Het verbod is vaak zowel eugenetisch als moreel geïnspireerd<sup>4</sup>. Dat is evenwel niet steeds het geval. We toonden reeds aan dat

<sup>3</sup> Art. 161 – 164 B.W.; Cass. 11 november 1841, *Pas.* 1842, I, 70; Cass. 4 februari 1819, *Pas.* 1819, I, 282; J. VAN DE VELDE, o.c.

<sup>4</sup> P. SENAËVE, "La prohibition du mariage en raison de la parenté et de l'alliance", *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 321; P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 41. Zie ook A. HEYVAERT en WILLEKENS, H., *Beginnelsen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest. De theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldend recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 142 p.;

het begrip 'gezinsleven' een steeds ruimere invulling krijgt doordat de sociale beleving steeds meer centraal komt te staan<sup>5</sup>. Oorspronkelijk werd slechts juridisch erkend: de biologische band die tevens sociaal aanvaardbaar was. Overspelige afstamming was wel een biologisch gegeven, maar paste niet in het juridische denken dat de wettige familie centraal stelde. Adoptieve afstamming was wel sociaal aanvaard, maar heeft geen biologische grondslag. Het werd ongepast gevonden dat de bloedverwanten erfrechtelijk nadeel zouden ondervinden van deze juridische constructie. De betrokkenen waren geen volwaardige gezinsleden. Er rustte bijgevolg ook geen gelijkwaardig huwelijksbeletsel op hen.

10. Het arrest-Marckx zorgde voor een kentering in het rechtsdenken. De daaropvolgende wijziging van het Belgische afstammingsrecht verleende niet alleen de overspelige en andere buitenhuwelijkse biologische verwantschap, maar ook de adoptieve verwantschap een gelijkwaardige juridische kwalificatie als de huwelijkse verwantschap<sup>6</sup>.

**\* De verenging van het grote-gezinsconcept o.i.v. een algemene individualiseringstendens**

11. Deze verschuiving van de aandacht van de biologische realiteit naar de individuele sociale beleving ging gepaard met de opmars van een individualiseringstendens binnen het familiedenken. We deden deze vaststelling reeds n.a.v. onze studie van de leeftijds-, instemmings- en toestemmingsvereiste. Het argument van de biologische realiteit was in het verleden slechts een dekmantel voor het monopolie van het belang van de grote familie. Dit kan bv. blijken uit de vaststelling dat de discriminatie van adoptiekinderen tot 1987 beperkt werd tot het erfrecht en de afstamming t.a.v. de grote familie. De biologische 'wettige' kinderen van de adoptant moesten het financiële nadeel dat voortvloeide uit de onderhoudsplicht van de adoptant ten aanzien van het adoptiekind, zonder meer aanvaarden.

12. We menen dan ook dat de oorspronkelijke weerstand tegen een gelijke behandeling niet zozeer steunde op een principieel onderscheid tussen

---

D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 256: afstammingsrecht is een culturele constructie.

<sup>5</sup> Zie o.m. Hof Mensenrechten, arrest-Berrehab; NEDERLANDSE COMMISSIE WIARDA, *Rapport van de Commissie voor de herziening van het kindbeschermingsrecht*, 's Gravenhage, 1971, 59-60. Anderzijds blijkt uit rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten (cf. *supra*) dat de relatie tussen personen van eenzelfde geslacht nog steeds niet als gezinsleven wordt erkend. Ook transseksuele koppels genieten de bescherming van art. 8 E.V.R.M. slechts wanneer beiden – na een geslachtswijzigende operatie van de transseksueel – tot een verschillend geslacht behoren. In beide hypothesen speelt de biologische realiteit duidelijk nog een doorslaggevende rol. Het nationale recht van meerdere Lidstaten evolueert evenwel geleidelijk naar gelijke behandeling (cf. *supra*).

<sup>6</sup> Dit werkt door in alle rechtstakken: zie bv. het recht op kinderbijslag voor een geadopteerd kind: art. 51 § 3, 2° K.B. van 19 december 1939 houdende de samengeordende wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, B.S. 22 december 1939 en het recht op een adoptiepremie ten belope van hetzelfde bedrag als het kraamgeld voor het eerste kind: art. 73quater K.B. van 19 december 1939.

biologische en adoptieve afstamming, maar wel op economische belangen, en dan nog louter die van de grote familie, ter bescherming van het familiebezit.

Dit blijkt uit meerdere bepalingen van het familierecht. De wetgever heeft steeds beoogd zo weinig mogelijk tussen te komen in private aangelegenheden zoals het huwelijk, in zoverre de beginselen van rechtszekerheid en openbare orde dit toelieten. Tot vóór het arrest-Marckx verleende hij evenwel impliciet een quasi-regulerende bevoegdheid aan de familie: pas in 1983 werd de akte van eerbied voor een huwelijkskandidaat jonger dan 25 jaar afgeschaft; tot 1990 kon een ouder discretionair weigeren in te stemmen met het huwelijk van zijn minderjarige kind, mits hij niet kennelijk misbruik maakte van zijn bevoegdheid<sup>7</sup>; kinderen verwekt in overspelig verband of in bloedschennis werden tot 1987 gediscrimineerd<sup>8</sup>. Tot 2001 speelde de grote familie via de familieraad en de voogd nog een centrale rol t.a.v. (halve) wezen<sup>9</sup>.

13. Pas vanaf het begin van de jaren 1980, en vooral sinds 1987 begon de geleidelijke afbouw van het *big-family*gevoel ook in het recht door te dringen. Families groeien uiteen. Het gezin is een eenheid op zich geworden. Daardoor is een grotere aandacht voor het individu ontstaan. Huwelijksbeletselen beginnen zich steeds meer op louter persoonlijk vlak af te spelen: verwantschapsbeletselen worden minder streng toegepast<sup>10</sup> en inzake huwelijks toestemming komt het belang van de betrokkene(n) centraal te staan<sup>11</sup>.

14. Deze tendens om de huwelijksbeletselen en –vereisten binnen het Belgische recht mee te laten evolueren met de individualisering van ons recht staat haaks op onze confrontatie binnen het I.P.R. met bepaalde niet-Europese rechtsstelsels die een ruim gezinsconcept blijven hanteren en aan de familie nog steeds de rol toekennen die ze tot veertig à vijftig jaar geleden ook in België had. De evolutie die ons recht doormaakt maakt het ons moeilijk om om te gaan met buitenlandse regels die deze evolutie pas op lange termijn zullen volgen. Geval per geval zullen we moeten afwegen of de buitenlandse vereiste verder kan worden toegepast of daarentegen stuit op een beginsel van openbare orde, ook al is de opname van dat beginsel in het Belgische recht van recente datum.

<sup>7</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 5 e.v.

<sup>8</sup> Tot op vandaag kan het kind dat is verwekt in bloedschennis niet tegelijk zijn vaderlijke en moederlijke afstamming vastgesteld zien.

<sup>9</sup> Afgeschaft bij Wet van 29 april 2001 tot wijziging van verscheidene wetsbepalingen inzake de voogdij over minderjarigen, B.S. 31 mei 2001. Zie o.m.: Wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot de voogdij over minderjarigen, tekst aangenomen in plenaire zitting en overgezonden aan de Senaat, *Parl. St. Kamer* 1999-2000, 6 juli 2000, nr. nr. 789: "in een maatschappij waarin de klassieke familiebanden veeleer zeldzaam geworden zijn, is een familieraad niet langer wenselijk".

<sup>10</sup> Cf. *infra*. Zie bv. over de mogelijkheid van een huwelijk tussen neef en nicht t.g.v. de individualiseringstendens: M. BIEGELMANN-MASSARI, "La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960: un apport sur le sens de l'institution matrimoniale", *D&S* 1997, 185.

<sup>11</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 28-29, 143-144, 152, 305 en 324.

**\* Een gehandhaafde terughoudendheid t.a.v. verruimde gezinsconcepten**

15. Noch de individualisering van het Belgische recht, noch het behoud in het buitenlandse recht van een ruim gezinsconcept zijn evenwel te veralgemenen. De persoonlijke vrijheid is binnen het Belgische familierecht m.n. niet onbegrensd toegenomen. Klassieke gezinsverbanden kunnen over het algemeen nog steeds gemakkelijker worden aangegaan dan nieuwe samenlevingsvormen<sup>12</sup>.

16. *Terughoudendheid uit aandacht voor de economische realiteit.* De ruimte die ons intern recht laat voor een juridische invulling van de persoonlijke gezinsbeleving wordt beperkt door economische leidmotieven. Weliswaar voorziet onze sociale zekerheid sinds 1997 door een uitbreiding van de categorie 'werknemer met gezinslast' reeds in een hogere werkloosheidsuitkering voor een werkloze die zijn pleegouders te zijnen laste heeft<sup>13</sup>. Buiten het stelsel van de werkloosheidsuitkeringen stelt de sociale zekerheid zich evenwel protectionistisch op: er wordt slechts rekening gehouden met een gewijzigde sociale beleving voor zover dat de overheid niet meer kost dan vandaag.

17. Dit gebeurt op één van volgende wijzen.

Ofwel wordt de uitkering slechts *doorgeschoven* naar een andere rechthebbende en wordt een cumul van rechthebbenden vermeden<sup>14</sup>. Een pleegvoogd bv. heeft als enige recht op gezinsbijslag voor het kind over wie hij of zijn echtgenoot pleegvoogd is<sup>15</sup>. Ook ontvangt een werknemer, retro-actief tot het ogenblik waarop zijn gezin is uitgebreid, kinderbijslag voor elk minderjarig familielid in de rechte lijn of in de zijlijn van zichzelf of van zijn echtgenoot, dat sedert minstens drie maanden deel uitmaakt van het gezin<sup>16</sup>. De wettelijke ouder van het kind verliest zijn recht. Eenzelfde regeling geldt indien het gezin wordt uitgebreid met kinderen die bij gerechtelijke beslissing tot toekenning van de materiële bewaring of ingevolge een plaatsingsmaatregel door bemiddeling van of ten laste van een openbare overheid aan de werknemer, zijn echtgenoot of buitenhuwelijkse partner zijn toevertrouwd<sup>17</sup>, of indien de werknemer, zijn echtgenoot of buitenhuwelijkse partner door een vonnis van de jeugdrechtbank het ouderlijk gezag over een kind heeft gekregen<sup>18</sup>. De persoon die de feitelijke bewaring van

<sup>12</sup> We hebben er eveneens reeds, bv. m.b.t. de vereiste van de vrije en persoonlijke huwelijks toestemming, op gewezen dat in meerdere buitenlandse 'traditionele' familierechtsstelsels de persoonlijke beslissingsvrijheid reeds een ruimere rol wordt toebedeeld.

<sup>13</sup> Art. 110, § 1, derde lid *juncto* art. 14 § 3 K.B. van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering, B.S. 31 december 1991, ingevoegd bij K.B. van 4 augustus 1996.

<sup>14</sup> Er is slechts sporadisch – in geval van bijstand – ruimte voor extra tegemoetkomingen. Zo verhoogt een vreemd kind dat sinds minstens vijf jaar ononderbroken en rechtsgeldig in België verblijft, de uitkering van gewaarborgde gezinsbijslag voor de aanvrager die voor meer dan de helft bijdraagt in zijn onderhoud: art. 2, 1° Wet van 20 juli 1971 tot instelling van een gewaarborgde gezinsbijslag, B.S. 7 augustus 1971.

<sup>15</sup> Art. 51 § 3 K.B. van 19 december 1939 houdende de samengeordende wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders, B.S. 22 december 1939.

<sup>16</sup> Art. 51 § 3, 3° K.B. van 19 december 1939, *l.c.*

<sup>17</sup> Art. 51 § 3, 7° K.B. van 19 december 1939, *l.c.*

<sup>18</sup> Art. 51 § 3, 8° K.B. van 19 december 1939, *l.c.*

het kind waarneemt, wordt gerechtigd in plaats van de wettige ouder, ongeacht of die al dan niet uit het ouderlijk gezag is ontzet.

Ofwel houdt het recht slechts in negatieve zin rekening met de gezinsuitbreiding. Buitenhuwelijkse samenleving met een persoon die niet behoeftig is, verlaagt het bedrag van de werkloosheidsuitkering<sup>19</sup> en van het bestaansminimum<sup>20</sup>. Gehandicapten ontvangen een lagere inkomensvervangende tegemoetkoming of integratietegemoetkoming wanneer ze samenwonen binnen of buiten een huwelijk<sup>21</sup>. De reglementering inzake rust<sup>22</sup>- en overlevingspensioenen<sup>23</sup> en de wet tot instelling van het gewaarborgd inkomen voor bejaarden<sup>24</sup>, die samenwonenden recht geven op een hogere uitkering, nemen slechts het huwelijk als criterium in acht en negeren andere vormen van gezinsuitbreiding.

**18.** Conclusie van deze korte blik op het socialezekerheidsrecht is dat de wetgever in deze sector slechts bereid blijkt rekening te houden met gewijzigde gezinssamenstellingen voorzover zij de Staat minder of slechts evenveel, m.a.w.: niet meer, kosten.

**19.** *Terughoudendheid ter bescherming van het wettige gezin.* Het familierecht verleent in vergaande mate bescherming aan het wettige gezin. Slechts als het voortbestaan van dat gezin hoedanook in het gedrang komt of als er een hoger belang in het geding is, m.n. het belang van een kind om zijn beide ouders te kennen, wordt toegestaan dat uit een overspelige verhouding één of meerdere juridische gevolgen voortvloeien.

We gaan hier nader op in.

Enerzijds geniet het wettige gezin slechts bescherming zolang beide partners er blijk van geven die bescherming te wensen, of tenminste geen blijk geven van het tegendeel.

Ontspruit een kind uit een overspelige relatie van de echtgenote, dan geniet het wettige gezin bescherming door toepassing van het adagium '*pater is est quem*

<sup>19</sup> Art. 110, § 3 *juncto* art. 114 § 4 en 15 K.B. van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering, B.S. 31 december 1991, ingevoegd bij K.B. van 4 augustus 1996.

<sup>20</sup> *Cf. supra.*

<sup>21</sup> Art. 4 K.B. van 6 juli 1987 betreffende de inkomensvervangende tegemoetkoming en de integratietegemoetkoming, B.S. 8 juli 1987.

<sup>22</sup> Het recht op een gezinspensioen is voorbehouden voor gehuwden die een partner ten laste (i.e. zonder beroepsactiviteit, pensioen of vervangingsinkomen) hebben: art. 74 K.B. van 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, B.S. 16 januari 1968.

<sup>23</sup> Art. 16-21 K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967 en art. 46 K.B. van 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers, B.S. 16 januari 1968.

<sup>24</sup> Art. 2 § 1 wet van 1 april 1969 tot instelling van het gewaarborgd inkomen voor bejaarden, B.S. 29 april 1969, voorziet in een verhoging van het gewaarborgd inkomen met jaarlijks ruim 20.000 fr. voor een rechthebbende bejaarde met een huwelijkspartner of partner van wie hij sinds hoogstens tien jaar feitelijk is gescheiden.

*nuptiae demonstrant*<sup>25</sup>. De vordering tot betwisting van het vaderschap is een toegewezen vordering: slechts de echtgenoot, de moeder en het kind kunnen hem instellen<sup>26</sup>. Slechts als één van de echtgenoten zelf het gezin niet langer wil beschermen tegen een juridisch erkend ouderschap van één van beiden met een derde, of als het kind op latere leeftijd de biologische realiteit wil laten primeren, wordt de cocon aangetast. Zonder een geslaagde vaderschapsbetwisting kan de verwekker het kind immers niet erkennen, noch een onderzoek naar het vaderschap vorderen, zolang het huwelijk voortbestaat en er geen sprake is van een echtscheidingsprocedure in een vergevorderd stadium. In dat laatste geval, m.n. als één van de partners gerechtelijke stappen tot ontbinding van het huwelijk heeft ondernomen sinds een termijn die het waarschijnlijk maakt dat de conceptie voortvloeit uit geslachtsgemeenschap met een derde, kan de bedrogen partner niets ondernemen tegen een erkenning van het kind door de verwekker en wordt zijn vaderschap retro-actief uitgeschakeld<sup>27</sup>.

Is de man overspelig en is ook de vrouw met wie hij overspel heeft gepleegd, gehuwd in een normaal, onbetwist gezinsverband<sup>28</sup>, dan valt het kind onder de vaderschapsregel en kan het niet worden erkend, tenzij na een geslaagde betwisting van het vaderschap van de echtgenoot. Opnieuw geldt hetzelfde beschermingsbeginsel.

Anderzijds vormt het belang van het kind om een vader en een moeder te hebben mogelijk een uitzondering op de principiële bescherming van het wettige gezin. Bij overspel louter *a patre* wordt, behalve op het vlak van het naamrecht, geen rekening gehouden met de bedrogen echtgenote. Het gezin van de overspelige man wordt niet beschermd<sup>29</sup>. De man kan het kind erkennen of er kan tegen hem een onderzoek naar het vaderschap ingesteld worden. O.i. bestaat de achterliggende filosofie erin dat het kind recht heeft op een vader en een moeder. Het kind dreigt het slachtoffer te worden van de 'misstappen' van

<sup>25</sup> Art. 315 B.W.

<sup>26</sup> Art. 332, eerste lid B.W.

<sup>27</sup> Een erkenning zonder voorafgaande geslaagde vaderschapsbetwisting is toegelaten wanneer het kind is geboren meer dan 180 dagen na de ontbinding van het huwelijk, meer dan 300 dagen na het begin van een echtscheidingsprocedure of na het ontstaan van een feitelijke scheiding tussen de gehuwden of na een vonnis van de vrederechter waarbij hij in het kader van dringende voorlopige maatregelen de echtgenoten heeft gemachtigd om een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, mits de partners niet reeds sinds 180 dagen feitelijk herenigd zijn (art. 320 B.W.). Het kerngezin wordt m.a.w. slechts beschermd in zoverre de gehuwden hun statuut niet zelf juridisch beogen af te bouwen. Opnieuw blijkt hieruit dat het recht de individuen een grote vrijheid laat en rekening houdt met bijzondere omstandigheden. (P. SENAËVE, o.c., nrs 781 en 811). Een erkenning door de buitenhuwelijkse vader is weliswaar ondergeschikt aan een machtiging van de burgerlijke rechtbank (art. 320 B.W.). In de praktijk heeft dat evenwel niets te betekenen, aangezien een weigering door de rechtbank volgens het Arbitragehof het gelijkheidsbeginsel schendt, tenzij bewezen wordt dat er geen biologische band bestaat tussen de derde en het kind en de moeder het vaderschap van de derde betwist (Arbitragehof 21 december 1990 en 8 oktober 1992).

<sup>28</sup> Gedoeld wordt op de uitzondering die staat aangegeven in de vorige noot.

<sup>29</sup> Behalve inzake naamrecht: Wetsvoorstel betreffende de opheffing van het onderscheid tussen in overspel *a patre* verwekte kinderen en andere buitenhuwelijkse kinderen wier afstamming van moederszijde voor de afstamming van vaderszijde is komen vast te staan.



zijn ouders: zijn juridische afstamming komt in het gedrang. Daarom wordt de verwekker de kans geboden om het nog vaderloze kind te erkennen<sup>30</sup>.

In geval van overspel *a matre* stelt deze mogelijkheid zich niet. Er is immers van rechtswege een vader, nl. de wettige echtgenoot van de overspelige vrouw, tenzij zijzelf of bepaalde feiten dat weerleggen.

20. Samengevat zijn sinds het arrest-Marckx de bestaande juridische verwantschapsbanden binnen het kleine gezin gelijkgeschakeld en is de invloed van de grote familie afgenomen. Het wettige gezin geniet niettemin nog een voorkeursbescherming. Het feitelijke gezin tussen pleeg- of stiefouders en – kinderen geniet nauwelijks<sup>31</sup> tot geen familierechtelijke regeling.

**\* Gevolgen voor de verwantschapsbeletselen: toename van het aantal binnen de kleine familie, geen beletsel in pleegsituaties, afname van de gestrengheid t.a.v. de grote familie**

21. *Toename van het aantal verwantschapsbeletselen binnen de kleine familie.* De bekommernis van de grote familie om familietwisten zoveel mogelijk uit de weg te gaan en een sterke eenheid te blijven vormen, verklaart dat een louter moreel verwantschapsbeletsel zoals het beletsel om te huwen met een aanverwante reeds lang vóór de *Code civil* bestond. Dezelfde beschermingsreflex verklaart waarom pas in 1987 onder invloed van het nucleaire gezinsdenken het beletsel van de adoptieve verwantschap werd ingevoerd, als gevolg (sommigen noemen het misschien keerzijde) van de doelstelling van gelijke behandeling ongeacht de wijze van afstamming. Personen die een kind adopteren, willen dat kind een gelijkwaardig statuut geven als een biologisch kind. Deze persoonlijke keuze primeert voortaan op het belang van de andere kinderen en de grote familie om het aantal erfgenamen binnen de 'wettige' grote familie te houden. Het familiebezit vervult niet langer een centrale rol. Een logisch gevolg van de gelijke behandeling van wettige, natuurlijke en adoptieve afstamming is dat ook het huwelijksrecht in die zin moest worden aangepast<sup>32</sup>.

22. Ook een stiefrelatie schept een huwelijksbeletsel, mits ouder en stiefouder zijn gehuwd. De ongehuwde stiefouder en de pleegouder kunnen wél huwen met

<sup>30</sup> Vergelijk daarentegen met Arbitragehof 19 mei 1993, B.S. 9 juni 1993, dat heeft gesteld dat art. 335 § 3 tweede lid B.W. het gelijkheidsbeginsel schendt door een onderscheid te maken tussen het *a patre* in overspel verwekte kind en andere kinderen, door aan de bedrogen echtgenote een veto-recht te geven inzake de toekenning van de familienaam aan het kind. Het belang om het wettige gezin te beschermen kon deze bepaling niet verantwoorden, aangezien de wet de vaststelling van de afstammingsband niet onderschikt aan de belangen van het wettige gezin.

<sup>31</sup> We denken niettemin aan o.m. het huwelijksverbod tussen stiefouder en stiefkind, aan de omgangsregeling, die mits bewijs van bijzondere affectieve banden toelaat dat ook niet-verwanten een recht op omgang worden verleend, en aan de stiefmoeder- en assepoesterclausule in het erfrecht.

<sup>32</sup> Vergelijk met de Verdragen van Montevideo van 12 februari 1889 en 15 maart 1940 die van bij hun aanneming reeds geen onderscheid maakten tussen 'natuurlijke' en 'wettige' afstamming.

hun pleeg- of stiefkind.

**23. *Afname van de gestrengheid t.a.v. de grote familie.*** Tegenover die enkele uitbreiding van het aantal verwantschapsbeletselen binnen de kleine familie staat de vaststelling dat zowel in België als in vele andere Europese rechtsstelsels steeds meer beletselen worden afgebouwd die op louter sociale of morele gronden berusten.

In 2001 werd het huwelijksverbod tussen schoonbroer en schoonzus opgeheven<sup>33</sup>.

Oorspronkelijk, onder het oude decreet van 28 februari 1831, konden schoonbroer en -zus slechts in uitzonderlijke omstandigheden vrijstelling bekomen<sup>34</sup>. Bij wet van 11 februari 1920 werd het beletsel opgeheven vanaf het overlijden van de echtgenoot die de aanverwantschap heeft doen ontstaan. Deze versoepeling kwam er o.i.v. de algemene praktijk om stelselmatig een vrijstelling toe te staan wanneer daar om werd verzocht<sup>35</sup>. Bij wet van 1 juli 1957 werd art. 164 B.W. gewijzigd in die zin dat om “gewichtige redenen” van het huwelijksverbod kan worden afgestapt, m.a.w. ook na echtscheiding van één van beiden<sup>36</sup>.

Art. 2 van de wet van 1957 stelde bovendien dat kinderen uit buitenhuwelijkse betrekkingen tussen schoonbroer en schoonzus die dateren van vóór de inwerkingtreding van de wet, vanaf 1957 niet meer worden beschouwd als in bloedschande verwekt. Deze regel stelde een vreemde discrepantie in tussen het huwelijksrecht en het afstammingsrecht. Deze historische regel kan vandaag evenwel van dienst zijn voor het I.P.R. Naar equivalentie kan m.n. mogelijk worden gemaakt dat buitenlandse, naar Belgisch recht onbekende, huwelijksbeletselen worden toegepast zonder dat het aantal kinderen zou moeten toenemen dat geen vaderlijke afstammingsband kan doen vaststellen wegens bloedschennis<sup>37</sup>.

**24.** Ook aan deze evolutie van het huwelijksbeletsel tussen aanverwanten, die in 2001 uitmondde in een afschaffing ervan, ligt – zoals we hierboven reeds stelden – de individualisering van het familierecht ten grondslag: de partijen beslissen

<sup>33</sup> Art. 164 B.W., gewijzigd door art. 2 Wet van 27 maart 2001, *B.S.* 11 mei 2001; Rb. Mechelen 22 februari 2001, AR/94/40133/A, *onuitg.*

<sup>34</sup> Weigering door de ambtenaar van de burgerlijke stand om het huwelijk te sluiten: Brussel 30 april 1890, *B.J.* 1890, 1184. Een huwelijk van een weduwe met een neef van haar overleden echtgenoot, m.a.w. tussen aanverwanten in de derde graad van de zijlijn, is daarentegen altijd mogelijk geweest: Rb. Brussel 24 december 1968, *Ann. Not.* 1970, 17 en *Rev. adm.* 1969, 72, noot L.S.

<sup>35</sup> In 98% van de gevallen: P. SENAËVE, “De wet 27 maart 2001 tot afschaffing van het huwelijksverbod tussen schoonbroer en schoonzus”, *E.J.* 2001, 86.

<sup>36</sup> Rb. Mechelen 22 februari 2001, AR 94/40133/A, *onuitg.* P. SENAËVE, “La prohibition du mariage en raison de la parenté et de l’alliance”, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 322. Een expliciete dispensatie was evenwel vereist, op straffe van nietigverklaring van het huwelijk: S. VALKENBORGH, “Overzicht van rechtspraak (1994-2001) – de nietigverklaring van het huwelijk”, *E.J.* 2002, 53. Deze regel geldt ook in de meeste islamstaten.

<sup>37</sup> *Cf. infra*, randnr. 54.

hoogstpersoonlijk, in de mate van hetgeen aanvaardbaar is voor de openbare orde en in het licht van primerende algemene rechtsbeginselen<sup>38</sup>, of ze iets al dan niet als een beletsel beschouwen.

**25. Het toenemende belang van de wilsautonomie.** We gaven in de vorige titel aan dat het belang van de betrokkene(n) centraal is komen te staan bij de beoordeling van de huwelijks toestemming. Terwijl 'collectieve'<sup>39</sup>, interpersoonlijke elementen steeds minder een rol spelen, lijken *persoonlijke* elementen de toestemmingsvereiste uit te breiden, denken we aan de opgang van de nietigheidsgrond van de dwaling omtrent essentiële eigenschappen<sup>40</sup>. Voorheen primeerde de rechtszekerheid op nietigheidsgronden die objectief moeilijk aan te tonen en te begrenzen waren. Vandaag speelt de individuele beleving een centralere rol. De beslissing om in het huwelijk te treden, wordt steeds meer individueel genomen, zonder dat er een grote sociale controle aan voorafgaat. De partijen worden vrijer gelaten. Die vrijheid impliceert risico's n.a.v. onvoorzichtige overhaaste beslissingen. Deze risico's kunnen nu achteraf door de betrokkenen worden gecorrigeerd, ter compensatie van de voormalige grotere inmenging door derden<sup>41</sup>.

**26.** Meerdere figuren van het familierecht spitsen zich steeds duidelijker toe op de persoon of personen waarop ze onmiddellijk betrekking hebben. Inzake afstamming en ouderlijk gezag staat het belang van het kind centraal<sup>42</sup>. Echtscheiding op grond van onderlinge toestemming wordt steeds eenvoudiger bekomen<sup>43</sup>. Een eenzijdige vordering om uit echt te scheiden, kan reeds worden

<sup>38</sup> De genoemde evolutie is niet zover gegaan dat het individu een onbeperkte autonomie gelaten zou worden. De rechter baseert zijn oordeel steeds uitdrukkelijker op het belang van het welzijn van de betrokkenen. Dat criterium leidt niet steeds tot het resultaat dat de betrokkenen verkiezen. Bij wet van 19 januari 1990 werd bv. het oude art. 185 B.W. afgeschaft dat een huwelijk dat was aangegaan met overtreding van de leeftijdsvereiste zonder dat de jeugdrechtbank dispensatie had verleend, niet langer vernietigbaar stelde zodra de minderjarige zwanger bleek te zijn. De individuele situatie en het welzijn van de minderjarige staan voortaan centraal en niet de morele opvatting dat ongehuwd moederschap moet worden vermeden.

<sup>39</sup> In de zin van een element dat de maatschappelijke positionering van de betrokkene betreft.

<sup>40</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 336 e.v.

<sup>41</sup> Zie bv. de evolutie van de ons bekende rechtspraak inzake dwaling n.a.v. impotentie of ongeneeslijke ziekte van de partner.

<sup>42</sup> O.m. Hof Mensenrechten, arrest-Nielsen t./ Denemarken van 28 november 1988, Serie A, vol. 144, § 61.

<sup>43</sup> Wet 20 november 1969, B.S. 17 december 1969: afschaffing van de maximale leeftijd van 45 jaar voor een vrouw om uit de echt te scheiden en afschaffing van het verbod om na twintig jaar huwelijk nog uit de echt te scheiden; afschaffing van de vereiste van instemming van de ascendenten, bij wet van 20 juli 1962, B.S. 7 augustus 1962; verlaging van de wettelijk vooropgestelde minimumleeftijd voor een echtscheiding door onderlinge toestemming van 25 jaar voor mannen en 21 jaar voor vrouwen tot 23 jaar voor beiden, bij wet van 20 november 1969 en tot 20 jaar bij wet van 19 januari 1990 (de leeftijdsgrens werd ingesteld om ondoordachte beslissingen te voorkomen en is tot op vandaag behouden, ondanks veelvuldige kritiek van o.m. H. CASMAN en E. COENE, "Art. 275 B.W.", in *Comm. Pers.* (1998), 3, en een amendement strekkende tot opheffing van de voorwaarde: *Parl. St. Kamer*, B.Z. 1988, 234/1, art. 21, afgewezen omdat het geen verband hield met het behandelde voorstel tot verlaging van de huwbare leeftijd: Commissieverslag, *Parl. St. Kamer* 1988-89, 15 maart 1989, nr. 42/3, 29); M. PUELINCKX-COENE, "De echtscheidingswetgeving in evolutie. Rechtsvergelijkende

ingesteld na een feitelijke scheiding van twee jaar. Het individualisme werkt meer en meer door in het familierecht.

### **A.2.B. TOETSING AAN ONZE OMGANG MET BUITENLANDSE GEZINSCONCEPTEN EN HUWELIJKSBELETSELEN**

#### ***\* De bescherming van het wettige gezin naar Belgische opvatting versus de sociale beleving***

**27.** De voorgaande vaststelling dat in het interne recht meerdere overwegingen spelen om het gezinsconcept te beperken tot het kerngezin, roept de vraag op hoe (best) wordt omgegaan met buitenlandse verwantschapsvormen. Sommige daarvan zijn geïnspireerd op een ruimer gezinsconcept dan het Belgische. De familie, groter dan ze ooit bij ons is geweest doordat er tevens plaats is voor spirituele verwanten, sociale verwanten en melkverwanten, speelt in vele buitenlandse familierechtsstelsels nog een centrale rol.

**28.** Twee aanpakken zijn denkbaar.

Ofwel benadrukken we dat de sociale beleving een steeds grotere rol speelt en dat daarmee rekening moet worden gehouden door het recht. Ondanks de hierboven geïllustreerde terughoudendheid gebeurt dat ook naar Belgisch recht reeds in sommige rechtsdomeinen: overspelig concubinaat kan bv. aanleiding geven tot schadevergoeding na overlijden van één van de partners; de buitenhuwelijkse tweerelatie, ongeacht of die al dan niet geregistreerd is, heeft gaandeweg een plaats verworven in het sociale-zekerheidsrecht<sup>44</sup>.

Ofwel wordt deze sociale beleving niet losgekoppeld van de individugerichte benadering die het Belgische familierecht steeds meer typeert. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat er in onze samenleving geen plaats meer is voor een ruim familieconcept, maar nog slechts voor het kerngezin van twee partners en hun juridische verwanten.

De opvatting dat deze laatste juridische realiteit zou beantwoorden aan een sociale beleving, is evenwel incorrect in minstens twee opzichten. Enerzijds is ze westers geïnspireerd, terwijl onze samenleving inmiddels pluricultureel genoemd kan worden, zowel naar algemene samenstelling als naar gezinssamenstelling. Anderzijds voldoet ze ook niet aan de sociale beleving van bepaalde Belgen,

---

beschouwingen", *R.W.* 1971-72, 1392; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 1996, 173; W. PINTENS, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 148, nr. 235; W. PINTENS, "De echtscheiding door onderlinge toestemming", in P. SENAËVE (ed.), *Echtscheiding*, Leuven, Acco, 1990, 411.

<sup>44</sup> Uitkering als werknemer met gezinslast in de werkloosheidsreglementering wanneer de buitenhuwelijkse partner hem financieel ten laste is: art. 110, § 1, tweede lid *juncto* art. 114 § 3 K.B. van 25 november 1991 houdende de werkloosheidsreglementering, *B.S.* 31 december 1991, ingevoegd bij K.B. van 4 augustus 1996. Voor de berekening van het bestaansminimum worden ook de bestaansmiddelen van de buitenhuwelijkse partner in mindering gebracht: art. 2, 4° Wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum, *B.S.* 18 september 1974.

denken we bv. aan pleeggezinnen<sup>45</sup>. Hun toenemende gelijkberechtiging in het socialezekerheidsrecht geeft aan dat een verruiming van het gezinsconcept in bepaalde situaties alvast algemeen relevant wordt bevonden.

**29.** We brengen evenwel onze bovengenoemde conclusie in herinnering dat de wetgever slechts bereid blijkt rekening te houden met gewijzigde gezinssamenstellingen voorzover dat de Staat minder of slechts evenveel, m.a.w.: niet meer, kost.

Eenzelfde filosofie blijkt uit een analyse van het gezinsherenigingsbeleid t.a.v. ongehuwde partners. De omzendbrief van 30 september 1997 staat gezinshereniging toe, mits de partners hun buitenhuwelijkse duurzame tweerelatie laten registreren en mits de partner die reeds wettig in België verblijft over duurzame bestaansmiddelen beschikt en zich ertoe verbindt gedurende drie jaar en zes maanden de kosten voor verblijf, gezondheidszorgen en repatriëring van de vreemdeling op zich te nemen<sup>46</sup>.

Vanuit economisch oogpunt valt bijgevolg alvast niet te verwachten dat de Dienst Vreemdelingenzaken zonder meer bereid is om ook de buitenlandse verwantschapsbanden die het voorwerp vormen van deze bespreking een plaats te geven in de gezinsherenigingsregeling. Algemene rechtsbeginselen, zoals het recht op bescherming van (feitelijk) gezinsleven en het belang van het kind, kunnen evenwel een correctie, in de zin van een grotere rechtvaardigingsbetrachting, bieden.

**\* *Naar een keuzerecht voor het wettige gezin om de gezinskern uit te breiden tot feitelijke gezinsleden?***

**30.** De bescherming van het juridische gezin staat in het familierecht nog steeds centraal. Dat slechts hogere belangen, zoals het belang van het kind, de bovenhand halen op de wil van de andere gezinsleden om het juridische gezin te beschermen, is o.i. gerechtvaardigd. Welke houding nemen we evenwel best aan als blijkt dat het juridische gezin er zelf voor opteert om bepaalde personen in zijn midden op te nemen en daar zelf de financiële gevolgen van wil dragen? Is het niet aangewezen om ruimte te maken voor de opvatting dat, zolang het de keuze is van elke belanghebbende betrokkene om het gezin uit te breiden, deze hoogstindividuele keuze het centrale gezinsdenken niet in de weg staat? Mits dergelijke keuze niet strijdig is met de openbare orde (wat bv. wel het geval is als een man in België een polygame relatie wil aangaan), kan mogelijk worden overwogen om ons recht open te stellen voor een ruimer gezinsconcept.

We onderzoeken deze piste. Ze sluit o.i. aan bij de huidige tendens tot

<sup>45</sup> Er blijft een grote terughoudendheid bestaan om het pleeggezin te erkennen als tweede gezin van een kind. Zolang de wettige ouders niet uit het ouderlijk gezag zijn ontzet, wordt het kerngezin beschermd, bij uitsluiting van alle indringers, ook als zij te goeder trouw zijn.

<sup>46</sup> Omz. 30 september 1997 betreffende het verlenen van een verblijfsmachtiging op basis van samenwonen in het kader van een duurzame relatie, B.S. 14 november 1997.

verruiming van de wilsautonomie in het familierecht. Die komt vandaag alvast reeds tot uiting in de regeling betreffende de beëindiging van het gezinsleven. We verwijzen ter illustratie naar onze bespreking van de verruimde nietigheidsgrounden en de versoepelde echtscheidingsregeling. We nuanceren deze vergelijking evenwel: de huidige soepelheid blijft – althans binnen het familierecht<sup>47</sup> – beperkt tot het kader van de klassieke gezinspatronen en overigens tot de fase van de beëindiging van het gezinsleven<sup>48</sup>.

**31.** We beogen hierna de grenzen van het haalbare in dit verband af te tasten.

We beseffen enerzijds dat hogere economische belangen of belangen van staathuishoudkunde ons ervan kunnen weerhouden om een verruimd gezinsconcept aan te nemen. Het gezinsconcept verruimen, betekent immers het aantal gerechtigden op gezinshereniging en op Belgische sociale zekerheid en bijstand verruimen... Ook aan de buitenhuwelijkse tweerelatie worden om die reden vooralsnog slechts weinig familierechtelijke gevolgen verbonden.

Niettemin blijkt dat de wetgever geleidelijk, deels onder druk van de publieke opinie<sup>49</sup>, de sociale realiteit laat primeren op het financiële weigeringsargument<sup>50</sup>.

Anderzijds moet worden gedacht aan het belang van de factor 'rechtszekerheid'. een wildgroei van gezinsconcepten moet worden vermeden. Vermoedelijk zal een grotere openheid wordt begrensd door voorwaarden, zoals die van een inpasbaarheid van het concept in onze rechtsorde en van voldoende garanties voor de oprechtheid én de duurzaamheid van de familieband.

**32.** Bij het hierna volgende systematische onderzoek van de verwantschapsbeletselen gaan we vooreerst na hoe enkele 'klassieke' buitenlandse verwantschapsbeletselen kunnen worden geanalyseerd tegen de achtergrond van enkele equivalenten, bekend in het interne Belgische recht.

Vervolgens onderzoeken we hoe het I.P.R. staat tegenover onbekende buitenlandse verwantschapsbeletselen. Zoals aangekondigd toetsen we die houding aan de wijze waarop het actuele Belgische en buitenlandse recht staan tegenover de corresponderende buitenlandse verwantschapsvormen.

---

<sup>47</sup> I.t.t. het socialezekerheidsrecht (*cf. supra*).

<sup>48</sup> We verwijzen naar onze hogere bedenking dat mogelijk meer soepelheid aan de dag wordt gelegd t.a.v. wijzen van beëindiging dan t.a.v. wijzen van ontstaan van gezinsleven.

<sup>49</sup> Zie drukkingsgroepen als bv. de holebibeweging.

<sup>50</sup> Zie bv. de invoering van het homohuwelijk (*cf. infra*, hoofdstuk 5 (impliciete grondvereisten)).

## B. DE KLASSIEKE VERWANTSCHAPSBELETSELEN

### B.1. BLOED- EN AANVERWANTEN

#### B.1.A. INTERN RECHT

**33.** Bloed- en aanverwanten in de rechte lijn kunnen ingevolge art. 161 B.W. niet huwen. Dat geldt ook voor personen tussen wie een oorspronkelijke verwantschapsband is opgehouden te bestaan t.g.v. adoptie<sup>51</sup>. Onder aanverwanten worden zowel schoonfamilie als stieffamilie verstaan<sup>52</sup>. Dispensatie kan hen niet worden verleend<sup>53</sup>. Ingevolge art. 162 B.W. kunnen broer en zus niet huwen. Ook tussen oom en nicht, tante en neef bestaat een huwelijksverbod. De Koning kan hiervan evenwel op verslag van de minister van Justitie na onderzoek door de procureur des Konings dispensatie verlenen om gewichtige redenen<sup>54</sup>. In de praktijk wordt dispensatie soepel verleend<sup>55</sup>. Is een huwelijk evenwel aangegaan in overtreding van een verwantschapsbeletsel en zonder dispensatie, dan is het onherroepelijk nietig. Deze nietigheid kan niet worden gedekt<sup>56</sup>.

**34.** De beletselen zijn in de loop der jaren versoepeld, op grond van de vaststelling dat over bepaalde ervan niet langer sociale consensus bestaat, dat bepaalde eugenetische bekommernissen onnodig zijn gebleken en dat aan de huwelijksvrijheid een steeds centralere rol wordt toegekend.

**35.** Aanverwantschap in de zijlijn is sinds 2001 niet langer een huwelijksbeletsel. We bespraken hierboven reeds de stapsgewijze ontmanteling van het vroegere beletsel. Een onderling huwelijksverbod geldt nog slechts in de rechte lijn. Een wetsvoorstel is hangende om ook dit laatste aanverwantschapsbeletsel op te heffen bij overlijden van degene die de aanverwantschap deed ontstaan<sup>57</sup>. Naar

<sup>51</sup> Art. 370, § 1, tweede lid B.W.

<sup>52</sup> P. SENAËVE, *Compendium* (2003), nr. 1529. Zie ook Art. 95, § 1, 2° Duits BGB. Zie ook voor Frankrijk: V. CHAUEAU en A. CORNEC, "France", in C. HAMILTON en A. PERRY, *Family law in Europe*, London, Buttersworth, 2002, 256.

<sup>53</sup> O.m. Brussel 2 februari 1972, *Rev. trim. dr. fam.* 1972, 29. In Frankrijk is evenwel vrijstelling mogelijk voor een huwelijk tussen stiefouder en stiefkind mits de ouder die de verwantschapsband heeft doen ontstaan inmiddels is overleden: Zie ook voor Frankrijk: V. CHAUEAU en A. CORNEC, "France", in C. HAMILTON en A. PERRY, *Family law in Europe*, London, Buttersworth, 2002, 256.

<sup>54</sup> Art. 1 KB 5 januari 1864 réglant le mode de délivrance des dispenses relatives au mariage, B.S. 10 januari 1864; art. 163 en 164 B.W.

<sup>55</sup> H. WILLEKENS, "Art. 164 B.W.", in *Comm. Pers.* (1991), 2. Zie evenwel M. BIEGELMANN-MASSARI, "La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960: un apport sur le sens de l'institution matrimoniale", *D&S* 1997, 185: het huwelijksverbod tussen tante en neef, nonkel en nicht steunt op de onverenigbaarheid van een huwelijk met de familiale relatie: eerbied als familielid zou moeilijk te verenigen zijn met wederzijdse eerbied als gehuwd koppel. Vandaag zou tegen dergelijk huwelijk nog meer weerstand rijzen dan vroeger. De toelaatbaarheid van een huwelijk tussen neef en nicht steunt dan weer op de individualisering van het familierecht.

<sup>56</sup> H. DE PAGE, o.c., I, nr. 652; P. SENAËVE, *l.c.*, 327.

<sup>57</sup> Voorstel van Wet tot aanvulling van artikel 161 van het burgerlijk wetboek, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1999, nr. 2-70/1.

Nederlands recht kunnen aanverwanten reeds sinds de Wet van 15 juni 1983 zonder beperking met elkaar huwen<sup>58</sup>. Tussen stiefouder en stiefkind ontstaat pas een huwelijksbeletsel indien de stiefouder het kind heeft erkend of geadopteerd<sup>59</sup>.

**36.** Een persoon die is veroordeeld tot het betalen van een uitkering in de zin van art. 336 B.W. aan een kind, ziet dezelfde huwelijksbeletselen op zich toegepast als wanneer zijn vaderschap zou vaststaan. Dit volgt uit een samenlezing van art. 161, art. 341 en art. 184 B.W. Het huwelijksverbod betreft de volledige rechte lijn, m.a.w. ook de kinderen van het kind<sup>60</sup>. De veroordeling vestigt een vermoeden van bloedband en staat daarom een huwelijk in de weg.

Een louter biologische afstamming waaraan juridisch geen enkel gevolg is verbonden vormt daarentegen geen beletsel<sup>61</sup>. Iets wat juridisch niet bestaat kan immers geen rechtstreekse<sup>62</sup> juridische gevolgen hebben.

**37.** De voormalige E.C.R.M.<sup>63</sup> heeft in een aantal uitspraken bevestigd dat bloedverwantschapsbeletselen niet strijdig zijn met art. 12 E.V.R.M. Ook wordt het gelijkheidsbeginsel er niet door geschonden. De strijd tegen incest vormt immers een grondpijler van de Europese cultuur en biedt een voldoende rechtvaardigingsgrond voor ongelijke behandeling<sup>64</sup>.

Over de instelling van aanverwantschapsbeletselen is vooralsnog geen uitspraak gedaan<sup>65</sup>.

<sup>58</sup> Stb. 1983, 290. Hierover J.M. MEIJER-VAN DER AA, "Het huwelijksverbod tussen aanverwanten in de opgaande en de neerdalende lijn", *F.J.R.* 1982, 146. Het huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de zijlijn was reeds lang tevoren opgeheven: E.A.A. LUIJTEN, *Het personen- en familierecht in het nieuwe burgerlijk wetboek*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970, 25-26.

<sup>59</sup> P. VLAARDINGERBROEK, Commentaar bij art. 41 NBW, in *Personen- en familierecht. Groene Serie Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, losbl., 2.

<sup>60</sup> P. SENAËVE, "La prohibition du mariage en raison de la parenté et de l'alliance", *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 336.

<sup>61</sup> H. DE PAGE, o.c., 547. Zie evenwel voor Nederland: P. VLAARDINGERBROEK, Commentaar bij art. 41 N.B.W., in *Personen- en familierecht. Groene Serie Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, losbl., 2 en E.A.A. LUIJTEN, *Het personen- en familierecht in het nieuwe burgerlijk wetboek*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970, 25-26: er bestaat wel een huwelijksbeletsel. Het bewijs ervan is evenwel moeilijk te leveren.

<sup>62</sup> Vergelijk met rechtspraak waarbij aan een polygaam huwelijk niettemin rechtsgevolgen worden verleend. Uit die rechtspraak blijkt dat een huwelijk dat naar buitenlands recht wél bestaat, maar bij ons niet wordt erkend, rechtsgevolgen kan ressorteren naar Belgisch recht. In dezelfde zin kunnen we nagaan of een verwantschapsband die naar buitenlands recht bestaat, maar bij ons niet wordt erkend, mogelijk wel naar Belgisch recht rechtsgevolgen kan ressorteren, zoals een recht op onderhoud voor het behoeftige kind. Zoals een polygaam huwelijk evenwel geen huwelijksbeletselen kan instellen naar Belgisch recht, zal ook een niet-erkende verwantschapsband geen verwantschapsbeletsel kunnen instellen. Meer hierover: cf. *infra*, randnr. 54.

<sup>63</sup> E.C.R.M. nr. 7114/75, zaak-Hamer t. VK, 13 december 1979, *D&R* 24, 5, § 62; E.C.R.M. nr. 8186/78, zaak-Draper t. V.K., 10 juli 1981, *D&R* 1981, afl. 24, 72, § 49.

<sup>64</sup> In dezelfde zin: M. PALM-RISSE (1990), 161; D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 195. *Contra*: M.C. REGAN, "Marriage at the Millennium", *F.L.Q.* 1999, 653.

<sup>65</sup> C. BOHMER, "Sind noch alle Eheverbote zeitgemäß?", *StAZ.* 1991, 128, meent dat een



### B.1.B. DE ONGANG IN HET I.P.R. MET VERWANTSCHAPSBELETSELEN NAAR BUITENLANDS RECHT, MEDE IN HET LICHT VAN BEPALINGEN VAN INTERNATIONAAL RECHT<sup>66</sup>

#### \* Inleiding

38. Het belang van de aanverwantschapsbeletselen neemt, zoals gezegd, af met het tanen van de centrale rol van de grote familie<sup>67</sup>. Het eugenetische argument zwakt af<sup>68</sup>. De aandacht is verschoven naar de kleine familie. Dit zorgt evenwel niet onverkort voor een afname van het aantal huwelijksbeletselen. Verdere verwanten kunnen voortaan weliswaar gemakkelijker huwen. De verhouding tussen stiefouders en –kinderen<sup>69</sup> en de voogdijverhouding<sup>70</sup> inspireren daarentegen bepaalde wetgevers om hun arsenaal aan huwelijksbeletselen binnen de verruimde kleine familie uit te breiden. Regelgeving in die zin kan op termijn ook de eigen wetgever inspireren.

39. Daarnaast speelt de invloed van het I.P.R. Door tussenkomst van de B.I.P.O.O.-exceptie kunnen naar Belgisch recht afstammingsbanden worden vastgesteld tussen of met vreemdelingen die naar hun personeel recht niet verwant zijn<sup>71</sup>. Het buitenhuwelijkse moslimkind bv. wordt in islamitische

---

huwelijksverbod tussen schoonbroer en schoonzus het recht op gezinsleven niet schendt, maar bepleit niettemin de afschaffing ervan, ook voor aanverwanten in de rechte lijn overigens.

<sup>66</sup> We deden systematisch onderzoek binnen alle ons bekende internationale rechtsbronnen die betrekking hebben op het huwelijk. Per huwelijksbeletsel verwijzen we evenwel slechts naar die rechtsbronnen die *in casu* van betekenis zijn. Om die reden wordt een bepaald bi- of multilateraal verdrag in de ene context wél en in de andere niet aangehaald. Het leek ons niet nodig om telkens de verdragen op te sommen die zich niet met de gestelde vraag inlaten. De ontstentenis van hun vermelding kan daartoe o.i. volstaan.

<sup>67</sup> Naar Bulgaars, Roemeens, Tsjechisch, Slowaaks, Russisch, Zweeds en Duits recht is het beletsel afgeschaft: J. POUSSON-PETIT (1981), 360.

<sup>68</sup> J. POUSSON-PETIT, o.c., 198.

<sup>69</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 31, noot 146. O.m. de Belgische, Franse en Duitse familiewet; art. 48 familiewet van het voormalige Joegoslavië; art. 15 Albanese familiewet. Art. 183 Braziliaanse familiewet verwijst naar de relatie tussen pleegouder en pleegkind.

<sup>70</sup> O.m. art. 5 familiewet van Cuba, art. 8 familiewet van Roemenië en art. 22 familiewet van Slovenië; art. 51 Boliviaanse familiecode (dispensatie is evenwel mogelijk, evenals een toestemming bij testament of openbare akte door de laatste persoon die het ouderlijk gezag uitgeoefend heeft); art. 183 Braziliaanse familiewet; art. 1608 Portugees Burgerlijk Wetboek; art. 50 familiewet van het voormalige Joegoslavië (beletsel behouden in de wetten van Servië, Kroatië, Montenegro en Bosnië-Herzegovina). Zie ook voorheen in Griekenland, afgeschaft bij wet 1329/1983. Zie ook de Argentijnse, Chileense, Guatemalteekse en Zuid-Afrikaanse familiewet.

<sup>71</sup> O.m. m.b.t. een overspelig kind: Rb. Brussel 16 december 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 444; Rb. Antwerpen 2 november 1983, *Rev. dr. étr.* 1983, 134 en J.J.P. 1986, afl. 95, 114, noot J. ERAUW (de Algerijnse wet is strijdig met het I.V.R.K. en art. 8 E.V.R.M.); Brussel 30 juni 1981, *J.T.* 1981, 723, noot N. WATTE; Rb. Luik 28 april 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 97: toelating in toepassing van de nationale wet van het kind, de Belgische wet (art. 335 B.W.). Zie ook Paris 13 oktober 1989, *R.C.D.I.P.* 1990, 789; Cass. fr. 10 februari 1993, *D.* 1993, IR, 60, *D.* 1994, 66, noot J. MASSIP, *R.C.D.I.P.* 1993, 620, noot J. FOYER; LG Bochum 1 augustus 1969, *FamRZ* 1969, 333.

pleidooi voor een systematische inroeping van de exceptie van openbare orde: J. FOYER, noot

rechtsstelsels nog steeds gediscrimineerd<sup>72</sup>. Wordt in België zijn afstamming niettemin vastgesteld in toepassing van het gelijkheidsbeginsel, dan zullen op dat kind in België ook de huwelijksbeletselen worden toegepast die zijn afstamming naar Belgisch recht heeft teweeggebracht. Op die manier stelt ons I.P.R. t.a.v. de betrokkenen nieuwe huwelijksbeletselen in<sup>73</sup>.

Omgekeerd wordt de afstamming in bepaalde rechtsstelsels soepeler vastgesteld dan naar Belgisch recht en zal t.a.v. de betrokkenen bijgevolg ook sneller een huwelijksbeletsel worden aangenomen dan gebeurt t.a.v. eigen onderdanen<sup>74</sup>.

40. De juridische voorwaarden en omstandigheden waaronder een verwantschapsband wordt vastgesteld, kunnen m.a.w. niet worden losgekoppeld van de werking van het corresponderende huwelijksbeletsel. De vraag of een band al dan niet als een verwantschapsband kan worden gekwalificeerd, wordt uitsluitend beoordeeld en gerechtvaardigd in het licht van het afstammingsrecht zelf. De keuze van de wetgever of rechter heeft evenwel ernstige gevolgen voor het huwelijksrecht. *Favor filiationis*<sup>75</sup> en *favor matrimonii* kunnen, gezien de toename van huwelijksbeletselen die met het eerste gepaard gaat, niet steeds

---

onder Cass. fr. 3 november 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 500; Y. LEQUETTE, noot onder TGI Paris 30 april 1985, *R.C.D.I.P.* 1986, 315-322; J. RUBELLIN-DEVICHI, "La nationalité et le statut de l'enfant d'origine étrangère", in F. DEKEUWER-DEFOSSEZ en J. HAUSER (eds), *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Paris, L.G.D.J., 1993, 87; J. RUBELLIN-DEVICHI, "L'état de la personne et les conventions internationales", in F. SUDRE (ed.), *Droit français et la convention européenne des droits de l'homme, 1974-1992: actes du colloque de Montpellier, février 1993*, Kehl am Rhein, Engel, 1994, 165-184; J. RUBELLIN-DEVICHI, "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française", *J.C.P.* 1994, I, 3739.

<sup>72</sup> Wél voorzien deze rechtsstelsels vaak in meerdere technieken om het kind alsnog een wettige afstamming te geven (de vaderschapsverklaring (*iqrar*), de *de facto*-adoptie, de wettiging e.a.).

<sup>73</sup> Komt de B.I.P.O.O. evenwel niet tussen (o.m. Vred. Schaarbeek 27 maart 1985, *J.J.P.* 1986, 44, noot J. ERAUW; Rb. Luik 28 april 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 97) en wordt naar het toepasselijke buitenlandse recht geen juridische neerslag gegeven aan de biologische afstamming, dan geldt tussen de betrokkenen evenmin een huwelijksbeletsel. Louter feitelijke verwantschap geeft immers geen aanleiding tot een huwelijksverbod: H. DE PAGE, o.c., 547.

<sup>74</sup> S. SAROLEA, "L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 148, geeft aan dat vóór de wet van 1987 lange tijd elke liberalere afstammingswetgeving werd geweerd. Sinds Cass. 27 februari 1986, *Pas.* 1986, I, 52, is hierin verandering gekomen.

<sup>75</sup> Zowel de systematische weigering om buitenlands recht toe te passen dat weigert buitenhuwelijkse, al dan niet overspelige, afstamming een juridische grondslag te geven, als de soepele toepassing van soepelere bewijsmiddelen of vorderingsmogelijkheden inzake afstamming of van grotere beperkingen op de mogelijkheid om het vaderschap te betwisten, getuigen hiervan. Voor een voorbeeld van het laatste: de beperktere betwistingsmogelijkheid voor de vader naar Marokkaans recht wordt toegepast (een betwisting is slechts ontvankelijk als het kind minder dan zes maanden na de huwelijksluiting is geboren of na meer dan een jaar afwezigheid van de man of ruim een jaar na de huwelijksontbinding, als de betwister zijn echtgenote beschuldigt van overspel en als voortgezette samenwoning daardoor onmogelijk geworden is). De discriminatie van de moeder die elk vorderingsrecht wordt ontzegd daarentegen werd reeds strijdig bevonden met de B.I.P.O.O.: Rb. Gent 3 april 2000, *T.G.R.* 2000, 164; Rb. Brussel 22 november 1988, *Rev. dr. étr.* 1988, 214, noot M.-CL. FOLETS. De Franse wet waarbij aan de moeder een vervalltermijn van twee jaar vanaf de geboorte wordt opgelegd om de vordering tot vaststelling van het vaderschap in te stellen, is door Bergen 25 juni 1991, *Pas.* 1991, II, 177, verenigbaar bevonden met art. 8 en 14 E.V.R.M.

hand in hand gaan.

41. De I.P.R.-rechter blijkt de B.I.P.O.O.-exceptie niet snel in te roepen tegen buitenlandse *afstammingsbepalingen* die afwijken van de Belgische normen, zolang geen discriminatie optreedt. Zowel bepalingen die het wettige gezin beschermen<sup>76</sup> als bepalingen die een ruimere vaderschapsbetwisting toelaten, worden verenigbaar bevonden met de B.I.P.O.O.<sup>77</sup>. We gaan vervolgens na of buitenlandse *huwelijksbeletselen* die afwijken van de Belgische normen eenzelfde soepele toepassing genieten.

**\* De omgang in het I.P.R. met strengere verwantschapsbeletselen naar buitenlands recht**

42. De huidige omgang met strengere beletselen naar buitenlands recht. De grondvoorwaarde dat men niet in een verboden verwantschapsgraad huwt, wordt ingevuld door de nationale wet van de betrokkene. Indien de rechter het concrete beletsel of het ontbreken van een door onze rechtsorde noodzakelijk geacht beletsel strijdig bevindt met de B.I.P.O.O., zal hij de *lex fori* in de plaats stellen.

43. Hetzelfde wordt bepaald door sommige bilaterale verdragen, bv. het Frans-Marokkaanse en het Belgisch-Marokkaanse Verdrag<sup>78</sup>. Deze stellen het nationaliteitsbeginsel als principe voorop, maar bepalen een ontsnappingsclausule doordat het *forum* waar nodig de exceptie van openbare orde in werking kan stellen<sup>79</sup>.

44. Bepaalde bronnen van internationaal recht stellen bijkomende begrenzingen

<sup>76</sup> Bergen 25 juni 1991, *Pas.* 1991, II, 177: *cf.* vorige noot. Zie ook A. HEYVAERT, "De gezinsrechtelijke situatie van Marokkanen met vast verblijf in België", in M-CL. FOLETS (ed.), *Migratie- en migrantenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 326, die meent dat zowel de soepelere Marokkaanse vaderschapsregel als de onmogelijkheid naar Marokkaans recht om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten in België toegepast kunnen worden. Als argument voor dat laatste haalt hij aan dat de Belgische familiewet eveneens gronden van onbetwistbaarheid kent. Slechts als de buitenhuwelijkse verwekker de Belgische nationaliteit heeft, kan de B.I.P.O.O.-exceptie ingeroepen worden.

<sup>77</sup> Bv. m.b.t. buitenlandse bepalingen die geen termijnbeperkingen instellen voor de betwisting: Rb. Brussel 4 november 1986, *T.B.B.R.* 1988, 458, noot P. VRANCKEN-ARAUJO; Rb. Brussel 27 oktober 1993, *T. Vreemd.* 1994, 108, noot V. VAN DEN EECKHOUT; Rb. Gent 3 april 2000, *T.G.R.* 2000, 164. Zie ook OLG München 14 december 1983, *IPRspr.* (Dtsl.) 1983, nr. 80, noot E. JAYME.

<sup>78</sup> We deden systematisch onderzoek binnen alle ons bekende internationale rechtsbronnen die betrekking hebben op het huwelijk. Per huwelijksbeletsel verwijzen we evenwel slechts naar die rechtsbronnen die *in casu* van betekenis zijn. Om die reden wordt een bepaald bi- of multilateraal verdrag in de ene context wél en in de andere niet aangehaald. Het leek ons niet nodig om telkens de verdragen op te sommen die zich niet met de gestelde vraag inlaten. De ontstentenis van hun vermelding kan daartoe o.i. volstaan. De hier aangehaalde bilaterale verdragen spreken zich niet concreter uit over de wederzijdse omgang met huwelijksbeletselen van de andere Verdragsstaat. Om die reden zullen we er verder niet op terugkomen.

<sup>79</sup> Art. 4 en 5 Convention entre le gouvernement de la République française et le gouvernement du Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, 10 augustus 1981, goedgekeurd bij décret n° 83-435 van 27 mei 1983, *J.O.* 1 juni 1983; art. 2 Belgisch-Marokkaans Verdrag (nog niet in werking).

aan de mogelijkheid om de exceptie op te werpen. Zo bepaalt bv. art. 11 Haags Verdrag van 14 maart 1978<sup>80</sup> dat een Verdragsstaat<sup>81</sup> de geldigheid van een huwelijk dat is aangegaan in een andere Verdragsstaat slechts mag weigeren als op het ogenblik van de huwelijkssluiting, naar het recht van die Staat de echtgenoten onderling in de rechte lijn of als broer of zus – al dan niet adoptief – zijn verwant. Andere verwantschapsgraden, zoals aanverwantschap of verwantschap in de zijlijn in de derde of een verdere graad, staan een huwelijk bijgevolg niet in de weg, op voorwaarde weliswaar dat het personele recht van de betrokkenen zich er niet tegen verzet.

**45.** Er is ons geen Belgische rechtspraak bekend die handelt over buitenlandse verwantschapsbeletselen die niet bestaan naar Belgisch recht. De rechtbank van Rotterdam is wél reeds geconfronteerd met een rechtsvraag in dit verband. De rechtbank verleende toepassing aan een Italiaans huwelijksbeletsel wegens aanverwantschap in de tweede graad in de zijlinie<sup>82</sup>. *In casu* heeft de Nederlandse rechter evenwel toepassing gemaakt van de dispensatieregeling waarin de Italiaanse huwelijkswet voorziet<sup>83</sup>. Uit de motivering van de rechter blijkt dat hij bij gebreke daaraan het huwelijk zou hebben verboden. Het vonnis dateert van 1977, *i.e.* onder de vroegere Nederlandse regeling die nog een aanverwantschapsbeletsel in de rechte lijn instelde. Het is niet zeker of hij vandaag, na de volledige afschaffing van het aanverwantschapsbeletsel, nog even onvoorwaardelijk voor een toepassing van het Italiaanse recht zou opteren.

**46.** Sinds 1 juni 1979 geldt in Nederland overigens het Haagse Huwelijksverdrag van 14 maart 1978<sup>84</sup>, dat voor de voorwaarden tot huwelijkssluiting verwijst naar de nationale wet of die van de gewone verblijfplaats. Een Italiaan met gewoonlijk verblijf in Nederland kan voortaan altijd naar Nederlands recht huwen en behoeft geen dispensatie meer van het genoemde beletsel<sup>85</sup>. De Haagse Conventie lijkt er daarmee voor geopteerd te hebben om de vreemdeling zelf de keuze te laten om al dan niet het risico op een hinkende

---

<sup>80</sup> Verdrag betreffende het aangaan en de erkenning van de geldigheid van huwelijken, <http://www.hcch.net/e/conventions>.

<sup>81</sup> Slechts Nederland, Luxemburg en Australië zijn gebonden, en dan nog louter voor de onderlinge verhoudingen.

<sup>82</sup> Rb. Rotterdam 12 december 1977, *aangeh.* door P.H.M. HOOGENBERGH, "Huwelijksbevoegdheid en huwelijksbeletsel van en bij vreemdelingen", *N.J.B.* 1978, 342. Art. 87, vijfde lid Italiaanse C.C. verbiedt een huwelijk tussen aanverwanten in de zijlijn, tot in de tweede graad, ook nadat het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan door echtscheiding is ontbonden.

<sup>83</sup> De rechtbank kan na het O.M. te hebben gehoord bij beschikking in Raadkamer het huwelijk toestaan. Op grond van een Italiaanse bepaling die de rechter van de woonplaats bevoegd bevindt, verleende de rechter van de Nederlandse woonplaats dispensatie. Hij paste daarbij stilzwijgend de adaptatietechniek toe.

<sup>84</sup> Verdrag betreffende het aangaan en de erkenning van de geldigheid van huwelijken, <http://www.hcch.net/e/conventions>.

<sup>85</sup> Art. 2 a Wet van 7 september 1989, houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijk, in verband met de bekrachtiging van het Verdrag van 's Gravenhage van 14 maart 1978 inzake de voltrekking en de erkenning van de geldigheid van huwelijken (W.C.H.), *Stb.* 1989, 392.

rechtspositie aan te gaan.

47. Dergelijke optie kan slechts in evenwicht met de internationale beslissingsharmonie gebeuren als ze kadert binnen een verdrag dat beide betrokken landen bindt. Daarbuiten, bv. voor de Belgische situatie, is het o.i. aangewezen om te opteren voor een verzachting van deze optie, m.n. om de buitenlandse grondvoorwaarde in België toe te passen als een verbiedend beletsel<sup>86</sup>. Bij het aangaan van het huwelijk wordt best de door het I.P.R. aangewezen buitenlandse regel toegepast mits die niet strijdig is met de B.I.P.O.O. Is het huwelijk evenwel reeds gesloten in het buitenland, dan is de internationale beslissingsharmonie reeds geschonden, kan een weigering om het huwelijk te erkennen bijgevolg niet langer vermijden dat het huwelijk hinkt en kan o.i. best de voorkeur worden gegeven aan de vaststelling dat de overtreding van het huwelijksbeletsel onze openbare orde niet stuit. Een overtreding van het beletsel hoeft m.a.w. o.i. een erkenning van het huwelijk niet in de weg te staan.

#### **- Voorstel 1: een toepassing van het beletsel bij huwelijkssluiting in België**

48. Bepaalde Afrikaanse rechtssystemen verbieden het huwelijk tussen elke bloedverwant, ongeacht de graad<sup>87</sup>. In Albanië, Bulgarije, Burkina Faso, Burundi<sup>88</sup>, Hongarije, Roemenië, Servië, Montenegro en de Filipijnen is een huwelijk verboden tussen bloedverwanten tot de vierde graad<sup>89</sup>.

49. We menen dat het buitenlandse beletsel best wordt toegepast zoals het is ingesteld door de buitenlandse wetgever. Voorziet het toepasselijke recht niet in een dispensatiemogelijkheid in het voorliggende geval<sup>90</sup>, dan is een afwijking slechts aangewezen na inroeping van de B.I.P.O.O.-exceptie, bv. als de regel discriminatoir is op grond van geslacht, nationaliteit of leeftijd, of als hij de

<sup>86</sup> De meeste voorstellen beperken zich er tot op heden toe de beletselen slechts 'voidable' te maken i.p.v. 'void', m.a.w. relatief i.p.v. absoluut nietig: o.m. H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, St Paul, West Publishing Co, 1988, 88. De auteur wijst er erop dat dit voorstel reeds revolutionair is, aangezien bepaalde rechters eraan vasthouden met het oog op meer stabiele huwelijken (intrafamiliale huwelijken houden vaak een risico op problemen in). Wij menen evenwel dat een toepassing als verbiedend beletsel, dat niet aan de grondslag kan liggen van een nietigverklaring, aangewezen is. We wijken hiermee af van het beginsel, vervat in art. 1 Haags Huwelijksverdrag 1964, dat de verblijfsstaat steeds de *lex patriae* toepast, ook op gewoonlijke verblijfhouders. Hieruit zou tegenstand kunnen worden afgeleid om de buitenlandse beletselen te 'onderwaarden' als verbiedend beletsel. België heeft het Verdrag evenwel niet geratificeerd en is als dusdanig alvast niet gebonden door dergelijke interpretatie

<sup>87</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, "Vol IV: Persons and family, chapter 3: Formation of marriage", *I. E. C.L.* 1997, 55.

<sup>88</sup> Art. 99 Burundese familiewet en art. 248 familiewet Burkina Faso.

<sup>89</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, o.c., 30. Zie o.m. art. 15 Albanese familiewet en art. 46 Servische familiewet.

<sup>90</sup> Het Britse recht kent algemeen geen mogelijkheid tot dispensatie van een verwantschapsbeletsel: Sect. 1 (4) j° Schedule I bij Marriage Act 1949. Dezelfde mening is GAMILLSCHEG, in F. STAUDINGER, *Internationales Privatrecht. Internationales Eherecht*, Berlin, Schweitzer, 1973, nr. 235, toegedaan. Hij haalt het voorbeeld aan van het Nederlandse recht dat voorheen geen dispensatieregeling kende: OLG Düsseldorf 8 april 1969, *FamRZ.* 1969, 654.

huwelijksvrijheid disproportioneel belemmert. Een voorbeeld van discriminatie op grond van geslacht kan worden gevonden in het joodse recht, dat o.m. in Israël wordt toegepast op joden. Een huwelijk tussen tante en neef is verboden, terwijl een huwelijk tussen nonkel en nicht mogelijk is. Een weduwnaar kan huwen met zijn schoonzus; een weduwe kan haar schoonbroer slechts huwen mits haar huwelijk kinderloos is gebleven (het zgn. leviraathuwelijk)<sup>91</sup>.

Dergelijke discriminatoire beletselen zullen door de werking van de B.I.P.O.O.-exceptie worden geweerd<sup>92</sup>. Zowel om concrete als om principiële redenen moet o.i. niet worden overwogen om de strengste regel toe te passen op beide vergelijkbare categorieën. *In casu* is het eerste beletsel (huwelijk tussen tante en neef) m.n. dispenseerbaar naar Belgisch recht, het tweede (huwelijk tussen schoonbroer en schoonzus) is recent afgeschaft. We vermoeden dan ook dat de Belgische rechter het *in concreto* niet nodig zal achten om te opteren voor de strengste oplossing. Hij heeft ter zake overigens geen keuze, gezien het principe dat een rechter geen rechtsscheppende handelingen kan stellen. Hij kan geen bijkomende voorwaarden opleggen aan categorieën die een soepelere regeling genieten.

Het ontwerp van I.P.R.-codex beoogt daarentegen wél bij bilaterale beletselen steeds de strengste wet toe te passen, tenzij die ingaat tegen de openbare orde. Binnen eenzelfde rechtsorde de strengste regel toepassen op twee vergelijkbare categorieën, tenzij die ingaat tegen de openbare orde, is een denkbare variant van dat voorstel voor het interne recht.

**50.** Ook aanverwantschap vormt naar Israëliisch recht een huwelijksbeletsel, ongeacht of het huwelijk dat de aanverwantschap heeft gecreëerd nog voortbestaat. O.m. naar Algerijns recht kan een man niet huwen met de weduwe of uit de echt gescheiden vrouw van een ascendent of descendent of met een ascendent of descendent van zijn vroegere echtgenote<sup>93</sup>.

In tegenstelling tot het Belgische recht is in meerdere islamitische rechtssstelsels overigens geen dispensatie mogelijk voor verwantschapsbeletselen tussen verdere verwanten<sup>94</sup>. Naar Albanees familierecht is geen dispensatie mogelijk

<sup>91</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, o.c., 57.

<sup>92</sup> Dergelijke ongelijke behandeling figureert niet in art. 26 Marokkaanse Mud. De vertaling van dit artikel door I. CARLENS, M.-CH. CHRISTIAENS, en M. GOETHALS, onder leiding van D. BEKE, in M.-CL. FOBLETS (1998), 422, wekt ongelukkigerwijze de indruk dat een huwelijk tussen tante en neef wel is verboden, maar niet een huwelijk tussen nonkel en nicht: "Zij (de vrouwen) die verboden zijn om reden van (bloed)verwantschap (zijn) de ascendenten en de descendenten van de man, de descendenten van de eerste (graad) van zijn ascendenten, en de eerste (graad) van de descendenten van elk van de ascendenten van welke (graad) zij ook zijn". In die zin o.m. L. BUSKENS (1999), 103. O.m. art. 25 Algerijnse familiewet en art. 92 Turkse familiewet verbieden eveneens zowel het huwelijk tussen tante en neef, als tussen oom en nicht.

<sup>93</sup> Art. 25 Algerijnse familiewet. Zie ook voor andere islamitische rechtssstelsels: N. ANDERSON, "Islamic family law", in M.A. GLENDON (ed.), *I.c.*, nr. 108; J.J. NASIR, *The status of women under islamic law and under modern islamic legislation*, London, Graham and Trotman, 1990, 19.

<sup>94</sup> Zie o.m. Art. 26 Mud. In deze zin: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 54.

voor de ingestelde aanverwantschapsbeletselen in de zijlijn<sup>95</sup>.

De Belgische rechter beschikt in deze gevallen niet over een rechtsgrond om dispensatie te verlenen. Hij zal hetzij het buitenlandse beletsel toepassen, hetzij de B.I.P.O.O.-exceptie ertegen opwerpen.

**51.**Eenzelfde houding wordt best aangenomen t.a.v. het beleid van de Nederlandse wetgever om de overwegingen inzake huwelijksbeletselen te transponeren naar de regeling van het geregistreerd partnerschap. Personen die niet met elkaar kunnen huwen, kunnen evenmin met elkaar een geregistreerd partnerschap aangaan<sup>96</sup>. De Belgische wet betreffende de wettelijke samenwoning verwoordt dergelijk beletsel niet<sup>97</sup>. De wetgever deed dat vermoedelijk met de doelstelling om homoseksuelen, die niet kunnen huwen, toe te laten een wettelijke samenwoning aan te gaan. Het gevolg is evenwel dat ook nauwe verwanten voortaan d.m.v. wettelijke samenwoning een juridische grondslag kunnen verlenen aan hun relatie, die voorheen naar Belgisch recht voor onbestaand werd gehouden.

Het enige beletsel dat in dit verband in het B.W. is ingevoerd, betreft het verbod om tegelijk met iemand gehuwd te zijn en een geregistreerd partnerschap aan te gaan<sup>98</sup>, m.a.w. een alternatief op het polygamieverbod.

We spreken ons niet uit over de vraag of de Nederlandse partnerschapsbeletselen de Belgische wetgever al dan niet tot voorbeeld kunnen strekken. Mogelijk biedt een wettelijke samenwoning familieleden een mogelijkheid tot facultatieve uitbreiding van de wettelijke onderhoudsplicht. De familiale solidariteit kan erdoor worden aangezwengeld. Het komt aan de wetgever toe om uit te maken of dat zijn doelstelling was.

In afwachting van meer duidelijkheid is het o.i. aangewezen om de Nederlandse partnerschapsbeletselen alvast toe te passen op Nederlanders in België, als verbiedend beletsel.

**52.**Ons standpunt terzake is minder soepel dan de optie die werd gemaakt door de Verdragsstaten bij het Haagse Huwelijksverdrag van 1978<sup>99</sup>. Een samenlezing van art. 2 en 11 van het Verdrag leidt tot de conclusie dat een Verdragsstaat kan toelaten dat een huwelijk wordt aangegaan tussen nauwe

<sup>95</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 31.

<sup>96</sup> Art. 80 a, achtste lid Nederlands B.W. verwijst naar art. 41 B.W.; P. VLAARDINGERBROEK, Commentaar bij art. 41 NBW, in *Personen- en familierecht. Groene Serie Privaatrecht*, Deventer, Kluwer, losbl., 2.

<sup>97</sup> Art. 1475 § 2 vereist slechts dat beiden bekwaam zijn om *contracten* (art. 1123 en 1124 B.W.) aan te gaan en dat ze nog niet zijn gehuwd of met een andere persoon in wettelijke samenwoning leven. De Omzendbrief van 30 september 1997 inzake de verblijfsmachtiging op basis van samenwoning in het kader van een duurzame relatie is ter zake niet strenger.

<sup>98</sup> Art. 1475 § 2, 1° BW. In dezelfde zin: art. 42 N.B.W.

<sup>99</sup> Slechts Nederland, Luxemburg en Australië zijn gebonden, en dan nog louter voor de onderlinge verhoudingen.

verwanten in overtreding van hun nationale wet. Het laat de Verdragsstaten immers toe om hun eigen huwelijksvereisten toe te passen op huwelijkssluitingen in eigen land. Een Verdragsstaat is m.a.w. niet verplicht om een gevolg te geven aan strengere buitenlandse beletselen.

Wij beogen daarentegen de doorwerking van de beginselen van de Staat van huwelijkssluiting te beperken tot overwegingen van openbare orde. Van de aangewezen wet zou slechts worden afgeweken na opwerping van de B.I.P.O.O.-exceptie.

**53.** We verbinden dit voorstel tevens aan het aanknopingsvoorstel, uitgewerkt in de tweede toegangspoort<sup>100</sup>. Op vreemdelingen met stabiel verblijf zouden hoedanook de Belgische verwantschapsbeletselen worden toegepast. Andere vreemdelingen zouden, zoals gezegd, een eenmalige optie worden gelaten.

**54.** Bij het maken van I.P.R.-keuzes is het van belang om rekening te houden met de gevolgen van die keuzes, voor zover voorzienbaar ook hun indirecte gevolgen. Buitenlandse huwelijksbeletselen toepassen, houdt in beginsel tevens in dat relaties tussen de betrokkenen als incestueus worden beschouwd en de kinderen die eruit worden geboren geen dubbele verwantschapsband kunnen hebben.

We gaven evenwel reeds aan dat een toepassing van strengere huwelijksbeletselen niet noodzakelijk tot gevolg moet hebben dat eraan gekoppelde gevolgen inzake afstammingsrecht zonder meer moeten worden toegepast in België. Het arrest-Marckx lag aan de grondslag van een gelijkberechtiging van huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen.

Kinderen die in bloedschande zijn verwekt, kunnen ook na het arrest weliswaar nog steeds niet tegelijk hun vaderlijke en moederlijke afstammingsband vastgesteld zien. We verwezen evenwel reeds naar art. 2 van de wet van 1957 waarmee werd aangenomen dat kinderen uit buitenhuwelijkse betrekkingen tussen schoonbroer en schoonzus die dateren van vóór de inwerkingtreding van de wet, vanaf 1957 niet meer zouden worden beschouwd als in bloedschande verwekt.

Deze regel stelde een – wenselijke – discrepantie in tussen het huwelijksrecht en het afstammingsrecht. We menen dat naar equivalentie, in het belang van het kind, kan worden geoordeeld dat buitenlandse, naar Belgisch recht onbekende, huwelijksbeletselen in België niet noodzakelijk tot gevolg moeten hebben dat de kinderen die geboren worden uit een buitenhuwelijkse relatie van de betrokkenen wegens bloedschennis beperkt worden in hun afstammingsrechtelijke situatie. O.i. kan gerechtvaardigd worden dat de B.I.P.O.O. zich hiertegen verzet.

**55.** We menen dat het is aangewezen om het buitenlandse beletsel bij huwelijkssluiting in België toe te passen als nietigheidsgrond. De doelstelling om

---

<sup>100</sup> Deel 2B, randnrs. 92 e.v.



de internationale beslissingsharmonie te beschermen, primeert o.i. op soepelheid omdat de feiten zich nu eenmaal reeds hebben gerealiseerd en de openbare orde als dusdanig niet stuiten<sup>101</sup>. Er is o.i. geen redelijk argument om het betreffende huwelijksbeletsel slechts als verbiedend beletsel toe te passen.

Het huwelijk wordt hoedanook niet erkend in het land van herkomst. Heeft de betrokkene ervoor geopteerd om tot de verwerving van een stabiele verblijfsspositie voort toepassing te maken van zijn *lex patriae*, dan kan het huwelijk bij overtreding van het beletsel niet geldig worden bevonden.

Wél kan in het afstammingsrecht rekening worden gehouden met gerealiseerde feiten. Vanaf het ogenblik dat de geboorte en daarmee de afstamming biologisch vaststaan, menen we dat het kind zijn ouderlijke afstamming onbeperkt moet kunnen zien vastgesteld, aangezien de openbare orde zich daar niet tegen verzet.

**56.** De openbare orde verzet zich kennelijk wél tegen de vaststelling van de afstamming van een kind van twee aanverwanten in de rechte lijn, zeker als de toepasselijke buitenlandse wet een huwelijksbeletsel tussen hen instelt.

Is dat laatste niet het geval, dan rijst de vraag of het huwelijk tussen de betrokkenen en daarnaast de onbeperkte vaststelling van de afstamming van een gemeenschappelijk kind, verenigbaar is met de B.I.P.O.O.

De tweede vraag behandelen we niet in het kader van dit onderzoek. De recente afschaffing van het huwelijksverbod tussen aanverwanten in de zijlijn geeft m.b.t. de eerste vraag aan dat de opvattingen in dit verband aan het evolueren zijn. De afzwakking van de tussenkomst van de interne openbare orde inzake huwelijk tussen aanverwanten geeft o.i. aan dat de B.I.P.O.O. ter zake algemeen tot een verzachte werking is gekomen. Buitenlands recht dat aanverwanten in de rechte lijn toelaat om te huwen, kan o.i. in België worden toegepast.

### **- Voorstel 2: een erkenning van huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan in overtreding van het beginsel**

**57.** Zoals we reeds aangaven, menen we dat wél soepel kan worden opgetreden t.a.v. huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan in overtreding van een strenger buitenlands verwantschapsbeletsel. De internationale beslissingsharmonie is reeds verstoord. De Staat van huwelijksluiting heeft de vreemdeling – al dan niet bewust – de mogelijkheid geboden om zijn wil te laten primeren op het risico van een hinkende rechtspositie.

**58.** Het Haagse Huwelijksverdrag van 1978 steunt ons in de opvatting dat tegen dergelijke huwelijken niet moet worden opgetreden. Art. 9 van het Verdrag stelt immers de erkenbaarheid voorop van elk huwelijk dat geldig is ontstaan in het land van huwelijksluiting of dat er later rechtsgeldig wordt<sup>102</sup>. Zolang de

<sup>101</sup> Aangezien het beletsel naar Belgisch intern recht niet bestaat.

<sup>102</sup> Deze laatste zinsnede is enerzijds bedoeld voor uitzonderingssituaties waarbij bv. na een

echtgenoten niet onderling in de rechte lijn of als broer of zus – al dan niet adoptief – zijn verwant, en er zich geen andere redenen van openbare orde tegen de erkenning verzetten<sup>103</sup>, kan deze overigens niet geweigerd worden, ook al stelt de nationale wet van één van de betrokkenen of de *lex loci celebrandi* strengere vereisten.

**59.** Volledigheidshalve merken we evenwel op dat de Nederlandse wetgever deze laatste soepele bepaling niet heeft opgenomen in zijn vertaling van het Haagse Verdrag naar intern recht in de W.C.H. De erkenning wordt door art. 5 W.C.H. steeds afhankelijk gesteld van een eerbiediging van de *lex loci celebrandi*. De Nederlandse Staatscommissie voor het I.P.R.<sup>104</sup> heeft in 1988 in zijn commentaar bij het art. 5 van het toenmalige ontwerp van W.C.H. nog gepoogd de wetgever tot inkeer te brengen. De Commissie opperde dat best niet even strenge voorwaarden worden verbonden aan een erkenning als aan een huwelijksvoltrekking in Nederland. De openbare orde speelt m.n. verschillend qua intensiteit. De Commissie stelde voor om de erkenning van buitenlandse huwelijken slechts afhankelijk te stellen van een oordeel in het licht van de openbare orde. De wetgever heeft het voorstel niet gevolgd.

**\* De omgang in het I.P.R. met soepelere verwantschapsbeletselen naar buitenlands recht**

**- Rechtsstelsels met soepelere verwantschapsbeletselen**

**60.** Bepaalde westerse rechtsstelsels stellen zich soepeler op dan de Belgische wetgever door bv. van rechtswege een huwelijk tussen nonkel en nicht of tante en neef toe te laten<sup>105</sup>, een huwelijk tussen halfbroer en halfzus<sup>106</sup>, of een huwelijk tussen schoonouder en schoonkind of stiefouder en stiefkind<sup>107</sup>.

---

oorlog noodhuwelijken worden gevalideerd en anderzijds voor bv. de situatie dat een polygaam tweede huwelijk na ontbinding van het eerste geldig wordt: Toelichting Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, in STAATSCOMMISSIE I.P.R., *Geselecteerde adviezen. Naar een afgewogen I.P.R.*, 's-Gravenhage, T.M.C. Asser Instituut, 1995, 30.

<sup>103</sup> Art. 14 Verdrag verwoordt deze bijkomende weigeringsgrond.

<sup>104</sup> STAATSCOMMISSIE I.P.R., o.c., 31.

<sup>105</sup> §§ 1307 en 1308 Duits BGB; art. 41 Nederlands N.B.W. (verbiedt slechts het huwelijk “tussen hen die elkander, hetzij van nature, hetzij familierechtelijk, bestaan in de opgaande en in de nederdalende lijn of als broeder en zuster”); art. 7 Noorse wet 31 mei 1918 betreffende huwelijksluiting en -ontbinding; art. 6 Deense wet nr. 256 van 4 juni 1969 betreffende de huwelijksluiting en -ontbinding; § 6 Oostenrijks Ehegesetz van 6 juli 1938; § 12 Tsjechische familiewet; art. 12 Slovaakse familiewet; art. 14 Poolse Familiewet van 1950 en art. 14 Russische familiewet: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 31. J. VAN DE VELDE, o.c.; BERGMANN en FERID, o.c.

<sup>106</sup> Zweden sinds de wijziging van de huwelijkswet bij Wet van 4 juli 1973, mits de betrokkenen overheidstoestemming bekomen: hoofdstuk 2, § 3, par. 2, Huwelijkswet, *aangeh.* in D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 58 en J. POUSSON-PETIT (1981), 358; Cuba, Tsjechië, Slovakije, Polen en Rusland: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 31. C. BOHMER, “Sind noch alle Eheverbote zeitgema?“, *StAZ.* 1991, 127, bepleit dat ook in het Duitse recht dispensatie mogelijk zou worden gemaakt van het huwelijksverbod tussen halfbroers en halfzussen.

<sup>107</sup> O.m. het Nederlandse recht. *Cf. supra*, randnrs 33 e.v. voor de Belgische regeling. Dit

**61.** Meerdere rechtsstelsels staan een huwelijk tussen aanverwanten toe<sup>108</sup> of verbieden het slechts in de rechte lijn<sup>109</sup>. In andere Staten kunnen aanverwanten in de rechte lijn dispensatie krijgen om ernstige redenen indien de partner die de aanverwantschap heeft doen ontstaan, is overleden<sup>110</sup>.

**62.** Uit Nederlands sociologisch onderzoek blijkt dat bloedverwantenhuwelijken nog voorkomen bij een derde van de Turkse eerstegeneratiemigranten<sup>111</sup>. Deze groep is m.n. nog vatbaar voor druk van het 'thuisfront'<sup>112</sup>. Het aandeel van bloedverwantenhuwelijken ligt bij deze migranten overigens hoger dan in Turkije zelf, waar slechts één huwelijk op vijf binnen de familie plaatsvindt. De onderzoekers suggereren als verklaring o.m. dat de gemiddelde migrant uit traditionelere streken van Turkije komt en dat migranten mogelijk meer nood hebben aan zekerheid en die hopen te krijgen door bekendheid met de schoonfamilie. Een huwelijk met een familielid werd tevens verkozen boven een huwelijk met een andere 'geïmporteerde' bruidegom om het risico op een schijnhuwelijk te vermijden. Een mislukt huwelijk brengt immers een risico op verstoting door de familie met zich mee<sup>113</sup>.

Onder de tweede-generatiemigranten zou 33 % van de Marokkanen en 21 % van de Turken een huwelijk binnen de eigen familie aangaan. Daartegenover staan 14 % gemengde huwelijken met een Nederlander<sup>114</sup>. De onderzoekers wijzen erop dat een huwelijk met een bloedverwant liefde niet hoeft uit te sluiten: vaak leerden de meisjes het familielid kennen op een reis<sup>115</sup>.

---

huwelijksverbod is eveneens expliciet opgenomen in o.m. art. 48 familiewet van het voormalige Joegoslavië, art. 50 huidige Servische familiewet, art. 21 familiewet Montenegro en art. 15 Albanese familiewet.

<sup>108</sup> O.m. het familierecht van Bulgarije, China, Duitsland (§ 1307 BGB), Denemarken, Liberia, Liechtenstein, Madagascar (art. 12 huwelijkswet laat het al dan niet bestaan van een verbod afhangen van het gewoonterecht van de betrokken ethnie), Nederland, Noorwegen, Oekraïne (art. 17 familiewet), Oostenrijk, Roemenië, Rusland (art. 14 familiewet), Slovakije, Slovenië, Thailand, Tsjechië, de voormalige USSR en Zweden. In Albanië, Hongarije en Polen is de nietigheid slechts relatief. In voormalig Joegoslavië is dispensatie van het beletsel mogelijk: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 58; S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 31 en 76; FERID en BERGMANN.

<sup>109</sup> De meeste islamitische Staten, Engeland en Bolivia: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 54 en 57.

<sup>110</sup> Art. 164 Franse C.C. L. PALSSON, o.c., 354, verwijst naar: H. DÖLLE, *Internationales Privatrecht: eine Einführung in seine Grundlagen*, Karlsruhe, Müller, 1972, 101-113 en 272-273. Voor Amerikaans recht: zie H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, Minnesota, St Paul, 1968, 70-74.

<sup>111</sup> I. ESVELDT en J.J. SCHOORL, "Veranderingen in de huwelijksluiting van Turken en Marokkanen in Nederland", *Bevolking en gezin* (Ndl.), 1998, 59-74.

<sup>112</sup> In dezelfde zin: E. LODEWIJCKX en K. HENDRICKX, "Visies van ongehuwde tweede-generatie Marokkaanse jongeren op huwelijk, partnerkeuze en seksualiteit", *Bevolking en Gezin* (Ndl.) 1998, afl. 3, 103-104.

<sup>113</sup> I. ESVELDT en J.J. SCHOORL, *l.c.*, 73.

<sup>114</sup> I. ESVELDT en J.J. SCHOORL, *l.c.*, 74.

<sup>115</sup> Meerdere onderzoeken a.h.v. interviews wijzen uit dat de meisjes in het thuisland vaak veel vrijer worden gelaten dan in België. Een reis naar Turkije gaat gepaard met een grotere vrijheid, waardoor het gemakkelijker is een jongen te leren kennen. Vaak is dat een familielid. Hetzelfde

Vandaag wordt steeds meer afgestapt van bloedverwantenhuwelijken uit angst voor familietwisten of genetische afwijkingen, omdat men niet meer in dergelijke liefde gelooft en/of omdat men er mettertijd beter in slaagt om te weerstaan aan de druk van familie in het land van herkomst<sup>116</sup>.

**63.** Een leviraathuwelijk tussen een weduwe en haar schoonbroer, komt nog steeds voor in meerdere Afrikaanse Staten en islamitische Staten, evenals in Israël onder joden<sup>117</sup>. In grote delen van het Midden-Oosten en van Noord-Afrika waar de nonkelband nog steeds een centrale rol vervult, worden bij voorkeur leviraatshuwelijken gesloten tussen een neef en nicht, m.n. tussen een man en de dochter van diens oom van vaderszijde<sup>118</sup>.

---

geldt in het land van migratie. De jongens waartoe het meisje toegang krijgt, zijn vaak familieleden of eventueel vrienden van de eigen broers. Deze twee vaststellingen geven aan hoe moeilijk het is om een oordeel te vormen over een huwelijk als gearrangeerd of gedwongen. Niettemin ligt aan meerdere familiehuwelijken pressie vanuit de familie in het thuisland ten grondslag: I. ESVELDT en J.J. SCHOORL, *l.c.*, 74. In dezelfde zin: E. LODEWIJCKX en K. HENDRICKX, *l.c.*, 103.

We vinden deze conclusie evenwel niet terug in het Belgische onderzoek van G. RENIERS, *Post-migration survival of traditional marriage patterns: consanguineous marriage among Turkish and Moroccan immigrants in Belgium*, Gent/Brussel, Vakgroep Bevolkingswetenschappen/Interface Demography, 1998, 28 p. (maar impliciet eerder een tegengestelde conclusie: p. 19: "contrary to a central belief that marriage is an institution with a relatively stable content that is supposed to rely on long-standing traditions, this analysis clearly illustrates its potential for reinterpretation within new conditions of subsistence: the migration of many Turks and Moroccans to Belgium created such a new social reality and the evolution of kin marriages in the immigrant communities are excellent examples of the flexibility of matrimonial practices and their constant redefinition"). We onderwierpen deze vraag evenwel niet aan een exhaustief onderzoek. We beperken ons tot de conclusie dat bepaald Nederlands onderzoek dit probleem reeds heeft onderkend.

<sup>116</sup> E. LODEWIJCKX en K. HENDRICKX, *l.c.*, 103-104.

<sup>117</sup> O.m. M. ELOSEGUI, "Les droits de la femme kenyane: conflit entre le droit statutaire et le droit coutumier", *Rev. dr. afr.* 1999, nr. 11, 333; A.C.M. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 145.

<sup>118</sup> R. VERDIER, "Customary Family Law", in M.A. GLENDON (ed.), *Persons and family, The family in religious and customary laws, reeks International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1983, nr. 228; L. BUSKENS (1999), 103; G. RENIERS, *Post-migration survival of traditional marriage patterns: consanguineous marriage among Turkish and Moroccan immigrants in Belgium*, Brussel/Gent, Vakgroep Bevolkingswetenschappen /Interface Demography, 1998, 23 p.: de helft van de huwelijken tussen verwanten vindt plaats met een oom van vaderszijde. In 1997 bleken deze nonkelhuwelijken vooral voor te komen in Marokko, Algerije, Tunesië, Libië en Egypte (steeds 20 tot 50 % van de huwelijken), in Soedan (meer dan de helft), in China en Indië (10 à 20 % van de huwelijken). Het betreft eerder een cultureel dan een godsdienstig gegeven en komt zowel voor bij Boeddhisten, Hindi als moslims en in Noord-Afrika en het Midden-Oosten ook bij joden en christenen. Deze huwelijksvorm neemt af wanneer de socio-economische toestand toeneemt, bij een hogere opleiding en verstedelijking. Migratie lijkt de gewoonte niet te beïnvloeden, noch in positieve, noch in negatieve zin. Reniers meent dat deze huwelijken zullen blijven plaatsvinden. De vroegere economische doelstelling ervan (landeigendom) is vervangen door de migratiemogelijkheid die het huwelijk biedt. P. 19: "contrary to a central belief that marriage is an institution with a relatively stable content that is supposed to rely on long-standing traditions, this analysis clearly illustrates its potential for reinterpretation within new conditions of subsistence: the migration of many Turks and Moroccans to Belgium created such a new social reality and the evolution of kin marriages in the immigrant communities are excellent examples of the flexibility of matrimonial practices and their constant redefinition".

### - De omgang met soepelere verwantschapsbeletselen in het I.P.R.

**64.** We delen de opvatting van meerdere auteurs dat dergelijke soepelere beletselen in beginsel aanvaardbaar zijn naar Belgisch I.P.R., voorzover ze de B.I.P.O.O. niet stuiten<sup>119</sup>.

Deze auteurs steunen zich op de vaststelling dat de verwantschapsbeletselen slechts een bescheiden rol vervullen in het interne recht t.g.v. hun beperkte aantal en de ruime mogelijkheid om er vrijstelling (dispensatie) van te verkrijgen. In meerdere buitenlandse rechtsordes treedt de openbare orde-exceptie alvast slechts op tegen wetten die huwelijken toelaten tussen broers en zussen of tussen verwanten in de rechte lijn<sup>120</sup>.

**65.** Deze evaluatie zit, zoals we reeds aangaven, tevens vervat in art. 11 Haags Verdrag van 14 maart 1978<sup>121</sup> dat bepaalt dat een Verdragsstaat de geldigheid van een huwelijk slechts mag<sup>122</sup> weigeren als op het ogenblik van de huwelijksluiting naar het recht van die Staat de echtgenoten onderling in de rechte lijn of als broer of zus – al dan niet adoptief – zijn verwant. Andere verwantschapsgraden, zoals aanverwantschap of verwantschap in de zijlijn in de derde of een verdere graad, staan een huwelijk bijgevolg niet in de weg.

**66.** Een koppeling aan de dispensatieregeling van de Staat van huwelijksvoltrekking kan *a contrario* worden afgeleid uit art. 2 van het Haagse Verdrag van 12 juni 1902 tot regeling van strijdigheid in wetten inzake huwelijk, dat vandaag nog o.m. toepassing vindt in Duitsland<sup>123</sup>. Het artikel bepaalt dat de wet van de Staat van huwelijksvoltrekking de huwelijksluiting van vreemdelingen kan verbieden indien de huwelijkskandidaten in een graad van bloed- of aanverwantschap tegenover elkaar staan waarvoor in die Staat een volstrekt huwelijksverbod bestaat, ook al kent het nationale recht van de betrokkenen dit beletsel niet<sup>124</sup>. De dispensatieregeling geeft m.a.w. aan waar de openbare orde zijn minimale<sup>125</sup> grenzen stelt, niet alleen voor de erkenning van huwelijken die in

<sup>119</sup> O.m. Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *Droit international privé*, o.c., 1996, 475; H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993); J.M. BISCHOFF, *Répert. Dalloz, Droit international, mariage*, n. 65 en P. MAYER, 1994, nr. 545.

<sup>120</sup> In deze zin o.m. GAMILLSCHEG, in F. STAUDINGER, *Internationales Privatrecht. Internationales Eherecht*, Berlin, Schweitzer, 1973, nr. 236; H. BATIFFOL EN P. LAGARDE (1992), II, 38, menen voor dat een oom en nicht steeds kunnen huwen als het toepasselijke buitenlandse recht dat toelaat; zie ook J.M. BISCHOFF, *Rép. Dalloz Dr. Int.*, "Mariage".

<sup>121</sup> Verdrag betreffende het aangaan en de erkenning van de geldigheid van huwelijken, <http://www.hcch.net/e/conventions>.

<sup>122</sup> En dus niet moet!

<sup>123</sup> B.S. 10 juli 1904.

<sup>124</sup> België is sinds juni 1919 niet langer door deze verdragen gebonden. Het verdrag is nog slechts van toepassing in Duitsland, Italië, Hongarije, Portugal, Roemenië, Zweden en Zwitserland.

<sup>125</sup> De Verdragsbepaling sluit niet uit dat de huwelijksluiting ook bij andere 'overtredingen' van de huwelijksbepalingen van de *lex fori* wordt verboden.

het buitenland zijn aangegaan<sup>126</sup>, maar ook bij huwelijkssluiting in eigen land<sup>127</sup>. We herinneren er evenwel aan dat België door geen van beide Verdragen is gebonden.

**67.** Niettemin volgen we de suggestie, die ook door meerdere Franse auteurs wordt verwoord<sup>128</sup>, om de omgang met soepelere buitenlandse verwantschapsbeletselen afhankelijk te stellen van de vraag of er naar het recht van het *forum* in een dispensatiemogelijkheid is voorzien<sup>129</sup>.

In combinatie met een stelselmatige erkenning van dergelijk huwelijk als het in het buitenland is aangegaan in overeenstemming met de nationale wet van de betrokkenen, menen we dat het ook in dit verband is aangewezen om via een beroep op de verzachte werking van de B.I.P.O.O.-exceptie de verwantschapsbeletselen van de *lex fori* slechts toe te passen als er naar Belgisch recht geen dispensatie van mogelijk is, m.a.w. als ze naar Belgisch recht worden geacht van openbare orde te zijn. Zoals gezegd zouden die beletselen voor het I.P.R. slechts de kwalificatie van verbiedend beletsel krijgen: ze zouden slechts toepassing vinden bij huwelijkssluiting in België.

## B.2. ADOPTIEVE VERWANTEN

### B.2.A. INTERN RECHT

**68.** Uit een samenlezing van art. 161 tot 164 en 370 § 1 B.W. blijkt dat de hierboven aangehaalde Belgische huwelijksverboden voor alle genoemde verwanten bestaan, ongeacht of de verwantschap door natuurlijke afstamming of door adoptie is ontstaan<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> Haags Verdrag van 1978.

<sup>127</sup> Haags Verdrag van 1902.

<sup>128</sup> H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), nr. 415; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (2001), 366; P. MAYER (1994), nr. 551. Andere auteurs houden evenwel strenger vast aan de forale verwantschapsbeletselen en menen dat ook vreemdelingen moeten worden onderworpen aan de forale dispensatieregeling: F. BOULANGER (1992), I, 227. Boulanger meent dat de exceptie van openbare orde moet worden ingeroepen tegen o.m. de Zweedse wet die een dispensatie van het huwelijksverbod tussen halfbroer en halfzus toelaat en tegen de mogelijkheid naar Duits en Zweeds recht voor nonkel en nicht en tante en neef om te huwen. Anderzijds meent hij dat het strengere buitenlandse beletsel van de melkverwantschap niet moeten worden toegepast omdat het de openbare orde zou stuiten.

<sup>129</sup> Zie ook de samenloop van de dispenseerbaarheid van het huwelijksverbod tussen adoptiebroer en -zus naar Nederlands recht en de bepaling in art. 3, eerste lid, b Nederlandse WCH dat een huwelijk tussen adoptiebroer en -zus kan worden erkend (*cf. infra*, randnr. 73). Met A.P.M.J. VONKEN, "Internationaal privaatrecht. Wet conflictenrecht huwelijk", in *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 1999, titel 1.5.ipr – 69, menen we dat deze samenloop niet toevallig is, maar dat de I.P.O.O. wordt afgestemd op de vraag naar de mogelijkheid om naar intern recht dispensatie te verlenen van de eigen vereiste.

<sup>130</sup> Voor de betwistbare stelling dat het huwelijksverbod op grond van adoptie art. 23, 2 I.V.B.P.R. zou schenden: M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl/Straatsburg/Arlington, N.P. ENGEL, 1993. C. FORDER, "Artikel 23 I.V.B.P.R.: een mondiaal familierecht in een notepad", *N.J.C.M.* 1994, 107-118, gaat nog verder en meent dat elk verwantschapsbeletsel strijdig is met de bepaling.

Wetsontwerp van 17 juli 2001 tot hervorming van de adoptie, *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr.

69. Tot de wet van 1987 was het huwelijksbeletsel op grond van adoptie of een veroordeling tot onderhoud slechts prohibitief<sup>131</sup>. De verstrenging die daarna intrad is een gevolg van de gelijke behandeling van kinderen ongeacht de aard van hun afstammingsband<sup>132</sup>. Het huwelijksverbod is niet ingegeven door eugenetische doelstellingen, maar wel door de tweede beweegreden om verwantschapsbeletsen in te stellen: het belang om de familiestructuur stabiel te houden<sup>133</sup>.

## **B.2.B. DE OMGANG IN HET I.P.R. MET ADOPTIEVE-VERWANTSCHAPSBELETSELEN NAAR BUITENLANDS RECHT**

### **\* Adoptieve verwantschapsbeletsen naar buitenlands recht**

70. Van de Staten die adoptie toestaan zijn China en Indië vermoedelijk de enige die in adoptieve verwantschap geen huwelijksbeletsel zien<sup>134</sup>. Ook Turkije<sup>135</sup> en Tunesië<sup>136</sup>, de enige islamitische Staten die de adoptie toelaten, stellen een corresponderend huwelijksverbod in.

71. In o.m. Engeland, Cuba, Hongarije, Rusland en Polen geldt evenwel slechts een huwelijksbeletsel tussen adoptant en geadopteerde. Andere verwanten van de adoptant kunnen wel huwen met de geadopteerde en omgekeerd.

Naar Servisch en Albanees recht beperkt het beletsel zich tot adoptant, geadopteerde en hun kinderen.

72. Naar Duits en Frans recht gelden dezelfde beletsen als naar Belgisch recht<sup>137</sup>. Naar Nederlands recht is dispensatie mogelijk van het huwelijksverbod tussen adoptiebroer en -zus<sup>138</sup>. Een volle adoptie kan naar Duits recht evenwel

---

1366/2, amendement nr. 5 van Mevr. Grauwels en De Meyer, op art. 353-13 laatste lid, beoogt dispensatie mogelijke maken van het huwelijksverbod tussen een geadopteerde en de ex-partner van de adoptant.

<sup>131</sup> P. SENAËVE, *l.c.*, 327.

<sup>132</sup> Hierover meer *cf. supra*.

<sup>133</sup> In dezelfde zin: D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 195. Kritiek hierop: M. NOWAK, *o.c.*, 410.

<sup>134</sup> We kwamen tot deze bevinding na raadpleging van J. VAN DE VELDE, *o.c.* Art. 6 Chinese familiewet verbiedt enkel bloedverwanten om met elkaar te huwen.

<sup>135</sup> Art. 92 Turkse familiewet.

<sup>136</sup> Art. 15 Wet 4 maart 1958 "über die Amtsvormundschaft, die Pflegekindschaft und die Adoption". A. BEL HAJ HAMOUDA, *l.c.*, 413, stelt nochtans dat een meerderheid van de auteurs geen nieuwe huwelijksbeletsen aanneemt; K. MEZZIOU, *l.c.*, 264, wijst erop dat de wet het slechts heeft over het behoud van een huwelijksbeletsel t.a.v. de oorspronkelijke familie. S. ALDEEB ABU-SAHLEH (1994), 252, leert ons dat de adoptie in Tunesië is toegestaan na een zware winter waarbij vele kinderen achtergelaten in de straten waren doodgevroren. Een liefdadigheidsinstelling die tijdelijk de hoede van deze kinderen op zich had genomen, nadat gebleken was dat de opvang op nationale of gemeentelijke schaal volstond, heeft vervolgens een geïnstitutionaliseerde en volwaardige opvang door adoptie bepleit. Het religieus verbod blijft evenwel algemeen geëerbiedigd, waardoor de adoptie een marginaal fenomeen blijft.

<sup>137</sup> § 1308 Duits BGB en art. 356 Franse C.C.

<sup>138</sup> Art. 41, tweede lid B.W.

herroepen worden. Naar aanleiding van een herroeping vervallen ook de adoptieve verwantschapsbeletselen<sup>139</sup>.

**\* De omgang in het I.P.R. met buitenlands recht dat geen adoptief verwantschapsbeletsel instelt**

**73.** Er is ons geen rechtspraak bekend waarbij een soepelere regeling naar buitenlands recht werd beoordeeld. De vaststelling dat er geen eugenetisch argument aan het beletsel ten grondslag ligt, maakt het evenwel zo mogelijk nog plausibeler dan in de hypothese van biologische afstamming dat een soepelere buitenlandse regel wordt toegepast.

De Nederlandse Wet Conflictenrecht Huwelijk stelt in die zin voorop dat een huwelijk tussen een adoptiebroer en –zus kan worden erkend<sup>140</sup>. Deze bepaling houdt vermoedelijk verband met de mogelijkheid naar intern recht om dispensatie te verlenen van het verbod. Ook volgens bepaalde Nederlandse auteurs geeft deze dispenseerbaarheid voldoende aan dat het beletsel niet als dusdanig fundamenteel wordt beschouwd dat het in het I.P.R. zou moeten worden ingeschreven<sup>141</sup>.

**74.** Het is niet altijd duidelijk hoe de nationale wet van de betrokkenen het verwantschapsbeletsel toepast. De meeste Staten van voormalig Joegoslavië verbieden een huwelijk tussen verwanten n.a.v. een gewone adoptie wel, maar stellen het niet vernietigbaar. Servische rechtbanken weigeren soms de wettelijk bepaalde nietigheidsregeling toe te passen<sup>142</sup>.

Aangezien één van de stelregels van het I.P.R is dat het buitenlandse recht moet worden geïnterpreteerd zoals het in het rechtstelsel zelf wordt toegepast, rijst hier de vraag of dergelijk huwelijk moet worden nietigverklaard, moet worden erkend of in een rechtvacuüm moet blijven, zoals kennelijk het geval is in het land van herkomst.

We menen dat een nietigverklaring is aangewezen bij overtreding van het Servische huwelijksverbod, maar dat het huwelijk dat is aangegaan tussen Joegoslavische adoptieve verwanten kan worden erkend.

**75.** In beginsel opteren we voor een toepassing van het buitenlandse strengere beletsel als een verbiedend beletsel. Soepelere beletselen kunnen o.i. eveneens toepassing genieten, mits ze de openbare orde – en daarbij ook vaak het beginsel van gelijke behandeling ongeacht de afstamming – niet op grove wijze

<sup>139</sup> § 1308 Duits BGB: “Eine Ehe soll nicht geschlossen werden zwischen Personen, deren Verwandtschaft im Sinne des § 1307 durch Annahme als Kind begründet worden ist. Dies gilt nicht, wenn das Annahmeverhältnis aufgelöst worden ist”.

<sup>140</sup> Art. 3, eerste lid, b Nederlandse WCH.

<sup>141</sup> In dezelfde zin: A.P.M.J. VONKEN, “Internationaal privaatrecht. Wet conflictenrecht huwelijk”, in *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, 1999, titel 1.5.ipr – 69.

<sup>142</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 76.



schenden. Huwelijken tussen adoptief verwanten in de zijlijn en in een verdere graad kunnen m.a.w. worden toegelaten. De mogelijkheid naar o.m. Chinees recht voor een adoptant en een geadopteerde om te huwen, wordt o.i. evenwel beter afgewezen. Ook hier stellen we m.a.w. voor om de dispenseerbaarheid van het Belgische beletsel als criterium te hanteren om te bepalen of het beletsel van B.I.P.O.O. is bij huwelijksluiting in België. Rijst slechts de vraag om een huwelijk te erkennen dat in het buitenland is aangegaan, dan is de band met de Belgische rechtsorde o.i. onvoldoende nauw om de B.I.P.O.O.-exceptie op te werpen tegen de buitenlandse bepaling. Ons aanknopingscriterium van de “stabiele verblijfspositie” bepaalt immers of de betrokkene al dan niet een overwegende band heeft met de Belgische rechtsorde.

## **C. HUWELIJKSBELETSELEN M.B.T. ANDERE VORMEN VAN VERWANTSCHAP**

76. Tegenover de toenemende versoepeling van de westerse rechtssystemen t.a.v. verwantschapsbeletsen, n.a.v. de toenemende invloed van de familie in onze samenleving en de invloed van de aanhoudende individualisering op het familierecht, staat evenwel een ruime variëteit aan buitenlandse verwantschapsbeletsen. Deze getuigen ervan dat binnen die rechtssystemen een ruimer familie- of gezinsconcept wordt gehanteerd<sup>143</sup>. Achtereenvolgens behandelen we het verbod van polygamie met bepaalde onderlinge verwanten, het huwelijksbeletsel t.a.v. spiritueel verwanten en de huwelijksbeletsen op grond van de islamitische melkverwantschap en van bepaalde pleegsituaties.

77. Vooreerst staan we evenwel stil bij de wijze waarop we hun verenigbaarheid met het beginsel van de huwelijksvrijheid zullen beoordelen.

### **C.1. BUITENLANDSE STRENGERE VERWANTSCHAPSBELETSELEN EN HET BEGINSEL VAN DE HUWELIJKSVRIJHEID**

#### **C.1.A. KWALIFICATIE VAN HET BELETSEL**

78. Kiest een vreemdeling die vooralsnog geen stabiele verblijfspositie in België heeft ervoor om zijn nationale recht voort toegepast te zien op zijn personeel statuut, dan wordt in beginsel elk huwelijksbeletsel van zijn nationale recht op hem toegepast, tenzij redenen van openbare orde zich ertegen zouden verzetten. De grondvoorwaarde wegkwalificeren als vormvoorwaarde voor het huwelijk is onmogelijk. De bepaling of een huwelijksvereiste een grond- dan wel een vormvoorwaarde is, gebeurt weliswaar aan de hand van de beginselen van de *lex fori*. De verwantschapsbeletsen die we hieronder zullen behandelen, sluiten evenwel dermate nauw aan bij het principe van de Belgische

<sup>143</sup> Dit ruimer gezinsconcept en de beperktere wilsautonomie blijkt tevens uit het grotere aantal gerechtigden om een vordering tot nietigverklaring in te stellen, ook o.m. in de voormalige socialistische Staten: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 77.

verwantschapsbeletselen<sup>144</sup>, dat ook naar Belgische normen slechts kan worden geoordeeld dat het een grondvoorwaarde voor het huwelijk betreft. Het beletsel moet daarom o.i. worden toegepast, tenzij de exceptie van openbare orde kan worden ingeroepen.

### C.1.B. RECHTVAARDIGING VAN EEN BEOORDELING OP GROND VAN HET BEGINSSEL VAN DE HUWELIJKSVRIJHEID

79. Vervolgens rijzen twee vragen: dult de internationaal-privaatrechtelijke openbare orde dat in België ingevolge internationaal privaatrecht strengere verwantschapsbeletselen worden toegepast, en zoja: is het concrete verwantschapsbeletsel verenigbaar met de openbare orde?

De voorgaande bespreking van 'klassieke' verwantschapsbeletselen heeft uitgewezen dat het antwoord op de eerste vraag o.i. in beginsel is positief is.

De vraag is vervolgens of door een toepassing van de bepaling een inbreuk zou worden begaan op fundamentele rechten of ruimer, op enig belang dat ingaat tegen de fundamentele beginselen van onze economische, sociale en politieke orde. Bij de beoordeling van deze vraag vervult het beginsel van de huwelijksvrijheid een centrale rol. Naar Belgisch recht wordt de huwelijksvrijheid weliswaar niet grondwettelijk beschermd<sup>145</sup>. Sinds enkele jaren evenwel wordt, zowel door België als door de ons omringende landen, erkend dat internationaal verdragsrecht en de daarin verkondigde fundamentele rechten deel uitmaken van de internationaal-privaatrechtelijke openbare orde<sup>146</sup>. De vaststelling dat de situatie betrekking heeft op een bepaling van een rechtsorde die geen partij is bij het E.V.R.M., staat de werking ervan niet in de weg<sup>147</sup>. Uit art. 1 E.V.R.M. blijkt met name dat het verdrag een territoriale werkingssfeer heeft<sup>148</sup>. De waarborg in het E.V.R.M. van huwelijksvrijheid geldt t.b.v. eenieder die een beroep doet op rechtsbedeling in België. Ongeacht de band die de rechtssituatie heeft met het *forum* moet elke rechtsregel of rechtssituatie waarmee de Belgische rechtsorde wordt geconfronteerd bij voorrang worden getoetst aan de kernbepalingen van het E.V.R.M.<sup>149</sup>.

<sup>144</sup> In gelijkaardige zin: P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 42: "dans le même sens", m.b.t. o.m. het huwelijksbeletsel dat steunt op melkverwantschap.

<sup>145</sup> Meer hierover: cf. *infra*, hoofdstuk 4 (buitenlandse beletselen), randnrs 9 e.v.

<sup>146</sup> Over de moeizame aanvaarding hiervan: E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Brussel, Bruylant, 1999, 5. *Contra*: V. HEUZE, noot onder Paris 29 januari 1991, *R.C.D.I.P.* 1991, 735 e.v.

<sup>147</sup> B. GOLDMAN, "La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle du conflit de lois", in R. CASSIN (ed.), *Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, reeks *Jura Hominis ac Civis* 1, René Cassin: *amicorum discipulorumque liber* 1, Paris, Pédone, 1969, 449.

<sup>148</sup> Dergelijke bepaling is volgens bepaalde auteurs overigens niet vereist aangezien een Verdragsstaat in zijn volledige doen en laten is gebonden door het Verdrag, m.a.w. ook wanneer het buitenlands recht toepast: o.m. P. LERBOURS-PIGEONNIERE, "La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français", in G. RIPERT (ed.), *Le droit privé français au milieu du XXe siècle: études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, I, 255.

<sup>149</sup> De zgn. 'noyau dur'. Zie o.m. E. BREMS (2001); P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Paris I, doct., 1994; E. FOHRER

80. Art. 12 E.V.R.M. verwoordt een subjectief recht en de inhoud ervan is voldoende duidelijk bepaald. Elk individu kan de bepaling bijgevolg rechtstreeks inroepen ten overstaan van de nationale rechter. Het artikel heeft rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, zodat niets een toepassing ervan d.m.v. de techniek van de exceptie van openbare orde in de weg staat<sup>150</sup>.

81. Men zou kunnen tegenwerpen dat het internationaal privaatrecht door dergelijke redenering zijn eigen graf delft, aangezien de buitenlandse rechtsorde op die manier onrechtstreeks wordt verplicht om zich te schikken naar ons recht. We verwerpen dergelijk argument evenwel: noch de ambtenaar van de burgerlijke stand, noch de rechter *beoordeelt* de buitenlandse wet inhoudelijk. Hij gaat louter na of de toepassing ervan in de Belgische rechtsorde aanvaardbaar is, *i.e.* onder meer verenigbaar met het E.V.R.M.<sup>151</sup>.

### C.1.C. CRITERIA OM DE VERENIGBAARHEID MET HET BEGINSEL TE EVALUEREN

82. De vraag is vervolgens welke criteria kunnen worden aangereikt om strengere buitenlandse beletselen als een inbreuk op de huwelijksvrijheid te beschouwen.

83. Uit eerbied voor het toepasselijke buitenlandse recht en met het oog op de internationale beslissingsharmonie<sup>152</sup> blijft de rechter principieel uitgaan van de toepasselijkheid van de verwijzingsregel. Hij onderwerpt de aangewezen wet aan een expliciet onderzoek. Slechts als de toepassing van het buitenlandse recht onaanvaardbaar blijkt te zijn in het licht van fundamentele belangen, kan de exceptie tussenkomen. Het betreft een marginaal oordeel, niet een opportuniteitsoordeel.

84. Opdat de B.I.P.O.O.-exceptie zou kunnen worden tegengeworpen, is vereist dat de situatie een voldoende band vertoont met de Belgische rechtsorde<sup>153</sup>. Hiertoe is evenwel niet noodzakelijk vereist dat de betrokken persoon of situatie voldoende *territoriale* raakpunten met onze rechtsorde vertoont. De band kan reeds voldoende blijken uit het centrale *belang van de beginselen* die in het geding zijn voor onze rechtsorde<sup>154</sup>.

Precies hier kan het voorstel worden gesitueerd om de B.I.P.O.O. te verrijken

---

(1999), 83.

<sup>150</sup> E. FOHRER (1999), 8 en 38; P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Thèse, Paris I, 1994; zie ook pleidooi P. MAYER (1994), 142-148 en D. COHEN, "La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *R.C.D.I.P.* 1989, 482.

<sup>151</sup> E. FOHRER (1999), 35-36; S. RUTTEN, "Mensenrechten en het I.P.R.: scheiden of trouwen?", *N.J.C.M.* 1998, 797-810.

<sup>152</sup> E. FOHRER (1999), 44.

<sup>153</sup> Bepaalde auteurs verruimen de vereiste territoriale band door slechts een band met enig Europees land te eisen alvorens het E.V.R.M. kan worden toegepast op derdelanders: P. HAMMJE, *o.c.*

<sup>154</sup> E. FOHRER (1996), 96.

met de bepalingen van het E.V.R.M. De B.I.P.O.O. beschermt van nature reeds de fundamentele belangen en beginselen van het *forum*. Deze bescherming is evenwel op het natuurrecht gebaseerd en moeilijk af te lijnen. Door een expliciete aanvaarding dat de B.I.P.O.O.-exceptie mede o.i.v. de bepalingen van het E.V.R.M. kan worden opgeworpen tegen een buitenlandse bepaling, gaat de deur open voor een specifiekere bepaling van bepaalde van de beschermde fundamentele belangen. Door rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten worden de beginselen nl. voortdurend geactualiseerd op een wijze die voldoende rekening houdt met de soevereiniteit van de Staten en slechts interpretaties toelaat als er voldoende consensus bestaat<sup>155</sup>.

**85.** Waar een strikt Belgische interpretatie van het beginsel 'huwelijksvrijheid' nationalisme<sup>156</sup> zou kunnen worden verweten, vormt een toepassing van het E.V.R.M., zoals geïnterpreteerd door het Hof voor de Mensenrechten, een - zij het dan volgens sommigen nog steeds eurocentrische<sup>157</sup> - neutralere werkwijze. Een afweging van het belang van het betrokken fundamentele beginsel zit automatisch ingesloten in de toepassing ervan op de concrete vraag<sup>158</sup>.

**86.** We stonden reeds stil bij de wijze waarop het Hof voor de Mensenrechten art. 12 E.V.R.M. invult<sup>159</sup>. Daarbij wordt de Verdragsstaten een ruime beleidsmarge gelaten om invulling te geven aan het recht om te huwen<sup>160</sup>. In eerste instantie komt het aan de wetgever toe om regulerend op te treden: "mannen en vrouwen van huwbare leeftijd hebben het recht om te huwen *volgens de nationale wetten* welke de uitoefening van dit recht beheersen". In tweede instantie verleent het artikel door zijn open formulering<sup>161</sup> ook aan de instanties die de wet *toepassen*

<sup>155</sup> Het Hof komt slechts tussen wanneer essentiële belangen worden bedreigd en erkent in betwiste aangelegenheden de ruime beleidsmarge van de Verdragsstaten. Het mogelijke verwijt dat een Europese interpretatie van mensenrechten wordt opgedrongen, maakte reeds het onderwerp uit van menig onderzoek. We denken hierbij in de eerste plaats aan E. BREMS (2001). We beperken ons ertoe te herhalen dat gezien de betrokkenheid van onze rechtsorde met de voorliggende internationaal-privaatrechtelijke rechtssituatie deze inmenging ons geoorloofd lijkt. Bovendien werkt een toepassing van de beginselen van het E.V.R.M., zoals geïnterpreteerd door het Hof voor de Mensenrechten, gelijkheidsbevorderend. Wordt eenieder formeel gelijk behandeld doordat op eenieder zijn nationale wet wordt toegepast, dan waarborgt dit nog niet een materieel gelijke behandeling. Het gelijkheidsbeginsel van art. 14 E.V.R.M. geldt voor eenieder die verblijft in een Verdragsstaat, ook al is dat verblijf illegaal. Het artikel verbiedt expliciet elke discriminatie op grond van "nationale afkomst". De stelling dat enkel een Belg of onderdaan van een Verdragsstaat binnen de Belgische rechtsorde aanspraak zou kunnen maken op het E.V.R.M., terwijl een vreemdeling hier indirect van zou worden uitgesloten door het internationaal privaatrecht, schendt het gelijkheidsbeginsel. Het fundamentele karakter van de bepalingen maakt die schending des te meer onaanvaardbaar. Een tussenkomst van de B.I.P.O.O.-exceptie is alleen daarom al vereist.

<sup>156</sup> In de zin van J. MEEUSEN (1998).

<sup>157</sup> Hierover o.m. E. BREMS (2001), die deze verwijten op overtuigende wijze relativeert.

<sup>158</sup> E. FOHRER (1996), 65. Meer hierover: V. HEUZE, noot. onder Paris 29 januari 1991, *R.C.D.I.P.* 1991, 743.

<sup>159</sup> Cf. *supra*, deel 2A, randnrs 25 e.v.

<sup>160</sup> K. RIMANQUE, "Het recht op eerbieding van het gezinsleven – een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.* 1981-82, 2198-2199.

<sup>161</sup> Het E.V.R.M. stelt de vrijheid van gezinsleven voorop, daar waar art. 10 ECOSOC-verdrag en art. 23 en 24 B.U.P.O.-verdrag de Staten verplichten een bepaald gezinstype te ontwerpen en te

een grote beleidsvrijheid. Deze beleidsruimte is evenwel niet onbegrensd: inmengingen in de huwelijksvrijheid moeten zo beperkt mogelijk blijven om het recht op eerbiediging van het gezinsleven niet van zijn substantie te beroven<sup>162</sup>.

**87.** De verwantschapsbeletselen die we hieronder bespreken zijn niet ingegeven door een biologische, eugenetische doelstelling. Ze steunen immers niet op een biologische verwantschapsband. Een analyse van de *ratio legis* van onze eigen verwantschapsbeletselen wijst evenwel uit dat ook die niet steeds louter op biologische argumenten zijn gesteund. Steeds spelen morele argumenten mee<sup>163</sup>. Meer nog, het verwantschapsbeletsel van de adoptieve verwantschap is louter<sup>164</sup> gesteund op morele argumenten. De gestrengheid waarmee aan dat louter morele beletsel wordt vastgehouden, blijkt uit de beperktheid van de mogelijkheid tot dispensatie.

**88.** De vaststelling dat onze eigen rechtsorde bepaalde huwelijksbeletselen steunt op louter morele argumenten, vormt op zijn minst een argument om de toepassing van buitenlandse rechtsbepalingen die hetzelfde doen, zij het vanuit andere morele opvattingen<sup>165</sup>, niet *zonder meer* af te wijzen<sup>166</sup>. Daartoe dienen andere, wél gegronde argumenten aangereikt te worden.

Een argument *tegen* een toepassing van een buitenlands verwantschapsbeletsel dat niet langer een equivalent heeft in het Belgische recht zou kunnen steunen op de vaststelling dat het Belgische beleid inzake verwantschapsbeletselen versoepelt en in steeds meer hypothesen ruimte laat voor dispensatie.

Deze vaststelling geeft echter nog geen vrijgeleide om t.a.v. buitenlands recht in het I.P.R. een gelijklopende evolutie in werking te stellen. De internrechtelijke evolutie is overigens van heel recente datum. De opheffing van het beletsel wegens aanverwantschap vanaf het ogenblik waarop de echtgenoot die het beletsel had doen ontstaan is overleden, dateert van 1920. De definitieve afschaffing van het beletsel tussen schoonbroer en –zus dateert van 2001<sup>167</sup>.

De opvattingen in dit verband hebben o.i. nog helemaal niet zo'n sterke basis dat

---

beschermen.

<sup>162</sup> K. RIMANQUE, *I.c.*, 2219.

<sup>163</sup> Zie P. SENAËVE, *I.c.*, 323, die voorstelt het huwelijksverbod voor schoonbroer en-zus en tante-neef/nonkel-nicht op te heffen. Het eerste is inmiddels gebeurd. Aangaande het tweede voorstel is een wetsvoorstel in behandeling. C. FORDER, "Artikel 23 I.V.B.P.R.: een mondiaal familierecht in een notedop", *N.J.C.M.* 1994, gaat nog verder door te stellen dat art. 23, 2 I.V.B.P.R. een huwelijksverbod als bloedschande niet toestaat.

<sup>164</sup> Eventueel valt nog te argumenteren dat tevens juridisch-theoretische overwegingen spelen, m.n. de onwenselijkheid om tegelijk een afstammings- en een huwelijksband te hebben met eenzelfde persoon. Dit argument is o.i. evenwel niet méér overtuigend dan het argument van de buitenlandse wetgever dat melkverwantschap een huwelijk in de weg staat.

<sup>165</sup> Deze bedenking gaat o.m. op voor het huwelijksbeletsel tussen aanverwanten, waaronder overigens stiefouder en stiefkind, die een verhouding hebben die niet zo ver af ligt van de verhouding tussen melkverwanten.

<sup>166</sup> Zie ook A. HEYVAERT (1995), 295, die de grote overeenkomst met de rechtsfiguur van de adoptie beklemtoont. *Contra*: F. BOULANGER (1992), I, 227, wijst het beletsel zonder meer af en stelt dat de rechter er de exceptie van openbare orde tegen inroept, maar haalt geen rechtspraak of andere rechtsleer in die zin aan.

<sup>167</sup> *Cf. supra*, randnr. 23.

ze fundamentele bezwaren zouden opwerpen tegen een buitenlands verwantschapsbeletsel dat niet bestaat naar Belgisch recht en geen specifieke inhoudelijke bezwaren oproept.

Het is m.a.w. aangewezen om strenger buitenlands recht steeds toe te passen, tenzij de openbare orde zich ertegen verzet. Zoals gezegd, dient een opwerping van de B.I.P.O.O.-exceptie te steunen op sterke beginselen. Stoelt de afschaffing van het equivalente beletsel naar Belgisch recht niet op fundamentele overwegingen, zoals een correctie in het licht van het gelijkheidsbeginsel, maar louter op de juridische implementatie van een versoepelde maatschappelijke visie, dan is o.i. niet aan die vereiste voldaan. We hanteren deze opvatting doorheen het hele onderzoek.

**89.** Het E.V.R.M. laat de Verdragsstaten een ruime discretionaire invulling van de notie van de huwelijksvrijheid. Zolang een buitenlands huwelijksbeletsel niet kennelijk discriminatoir is en enige rechtvaardiging kan vinden in een bepaald gezinsconcept, menen we dat het in België kan worden toegepast. Een uitzondering kan, zoals we hierboven reeds voorstelden, worden overwogen als het huwelijk reeds is aangegaan. Reeds gevormd juridisch gezinsleven verdient o.i. voorrang op een strikt vasthouden aan huwelijksbeletselen die naar Belgisch recht niet van openbare orde zijn.

**90.** We werken beide ideeën hierna uit voor een aantal verwantschapsbeletselen die nog gelden in bepaalde buitenlandse rechtsstelsels.

## **C.2. HET HUWELIJKSBELETSEL VAN POLYGAMIE MET ONDERLINGE VERWANTEN**

**91.** Naar o.m. Algerijns, Egyptisch, Iraaks, Marokkaans, Mauretaans en Syrisch recht<sup>168</sup> geldt t.a.v. een man het verbod om tegelijk te huwen met een moeder en een dochter of om te huwen met een echtgenote van een ascendent of descendent<sup>169</sup>.

Dit huwelijksbeletsel is geen verwantschapsbeletsel in de strikte zin van het woord. Het steunt immers niet op een verwantschapsband tussen de huwelijkskandidaten zelf. Niettemin behandelen we het hier, gezien zijn indirecte band met het afstammingsrecht.

**92.** In deel 4 staan we nader stil bij de burgerrechtelijke kwalificatie van

---

<sup>168</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 24.

<sup>169</sup> In deze zin o.m. art. 27 Marokkaanse Mud., dat hiermee impliciet wél tegelijk een huwelijk toelaat met een vrouw en met haar stiefmoeder of stiefdochter. Het beletsel valt weg zodra één van de vrouwen is gescheiden en niet langer in *iddat* zit: N. ANDERSON, "Islamic family law", in M.A. GLENDON (ed.), *Persons and family, The family in religious and customary laws*, reeks International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen, Mohr, 1983, nr. 115. P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 42, geeft aan dat ze ingegeven zijn door dezelfde doelstelling ("fondée sur la même idée") als onze verwantschapsbeletselen, m.n. familiale problemen vermijden.

polygamie en haar gevolgen<sup>170</sup>. We zullen daarbij voorstellen dat de burgerlijke rechter n.a.v. een procedure die verband houdt met een polygaam huwelijk, dat huwelijk stelselmatig zou nietigverklaren, indien mogelijk ambtshalve, zoniet op vordering van het O.M. of van één van de partijen, n.a.v. een heropening van de debatten. Vandaag verkeert de echtgenote te goeder trouw vaak in een situatie van niet-recht, hangt een nietigverklaring haar als een zwaard van Damocles boven het hoofd en moet ze in de tussentijd hopen op de goodwill van de rechter om bepaalde rechtsgevolgen te verbinden aan het huwelijk. Op vermogensrechtelijk vlak blijft ze vermoedelijk steeds in de kou staan.

Zolang een polygaam huwelijk niet systematisch wordt nietigverklaard en er bepaalde rechtsgevolgen aan worden gekoppeld, vormt het ook in België een juridische realiteit. We gaven evenwel reeds aan dat het huwelijk als dusdanig niet in België kan worden aangegaan, noch kan worden erkend. Wordt een vordering tot nietigverklaring ingesteld, dan wordt die toegewezen op de loutere grond van de strijdigheid van een polygaam huwelijk met de openbare orde. Het middel dat tevens het huwelijksbeletsel van polygamie met onderlinge verwanten is overtreden, hoeft daarbij niet in overweging te worden genomen. Het huwelijk is hoedanook nietig.

De betreffende beletselen naar buitenlands recht<sup>171</sup>, m.n. het verbod voor een man om tegelijk te huwen met een moeder en een dochter of om te huwen met een echtgenote van een ascendent of descendent<sup>172</sup>, worden dan ook vermoedelijk genegeerd door de Belgische instanties die ermee in aanraking komen.

**93.** Het beletsel kan de I.P.R.-rechter niettemin indirect van nut zijn doordat een overtreding ervan een aanwijzing kan zijn van kwade trouw. Gaat een man een polygaam huwelijk aan in overtreding van het beletsel, bv. met de moeder of zus van zijn eerste echtgenote, dan is de kans klein dat hem bij de nietigverklaring van het huwelijk in België het voordeel van een putatief huwelijk zal worden toegekend. Eenieder wordt geacht zijn recht te kennen. Een huwelijksluiting zonder eerbiediging van het verbod is vermoedelijk frauduleus gebeurd. Was haar de nodige informatie meegedeeld, dan had de bevoegde autoriteit het huwelijk immers niet voltrokken. Deze beoordeling geldt eveneens voor de tweede of verdere echtgenote, tenzij ze kan aantonen dat ze niet op de hoogte was van het eerdere huwelijk. Het zal evenwel niet eenvoudig zijn om dergelijk

<sup>170</sup> Cf. *infra*, deel 4, hoofdstuk 2.

<sup>171</sup> O.m. Algerije, Egypte, Irak, Marokko, Mauretanië (art. 44 familiewet) en Syrië kennen het huwelijksbeletsel: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 24.

<sup>172</sup> In deze zin o.m. art. 27 Marokkaanse Mud., dat hiermee impliciet wél tegelijk een huwelijk toelaat met een vrouw en met haar stiefmoeder of stiefdochter. Het beletsel valt weg zodra één van de vrouwen is gescheiden en niet langer in *iddat* zit: N. ANDERSON, "Islamic family law", in M.A. GLENDON (ed.), *Persons and family, The family in religious and customary laws*, reeks International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen, Mohr, 1983, nr. 115. P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 42, geeft aan dat ze ingegeven zijn door dezelfde doelstelling ("fondée sur la même idée") als onze verwantschapsbeletselen, m.n. familiale problemen vermijden.

bewijs te leveren, aangezien de eerste of eerdere echtgenote een naast familielid is.

Een overtreding van het beletsel kan m.a.w. een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van de gevolgen die voortvloeien uit de nietigverklaring van een polygaam huwelijk.

**94.** Zolang een polygaam huwelijk niet stelselmatig wordt nietigverklaard, rijst naar aanleiding ervan overigens de vraag naar de verhouding tussen het kind van één vrouw en de andere echtgenotes van de polygame man. Mogelijk vormen de betrokkenen één feitelijk gezin<sup>173</sup>. Wat deze vraag betreft, voorzien ook de Staten wier familierecht polygamie toelaat, terzake vermoedelijk niet in een regeling<sup>174</sup>.

Onze rechtsorde kan met dit feitelijke gezin evenwel rekening houden als een rechtsfeit, m.n. als een gevolg van het polygame huwelijk<sup>175</sup>. Er ontstaat evenwel geen vorm van aanverwantschap, aangezien het polygame huwelijk als dusdanig niet erkenbaar is. Het betreft slechts een rechtsfeit. Er kan bijgevolg niet naar analogie van het internrechtelijke huwelijksbeletsel tussen stiefmoeder en stiefkind worden geoordeeld dat een huwelijksverbod tussen beiden zou ontstaan. Wél kan de feitelijke situatie gevolgen hebben voor het socialezekerheidsrecht. We denken o.m. aan de notie 'kind ten laste' voor de bepaling van het bestaansminimum, kindergeld, de omvang van de werkloosheidsuitkering e.a.

### **C.3. HET HUWELIJKSBELETSEL VAN DE SPIRITUELE VERWANTSCHAP**

**95.** In bepaalde buitenlandse familiewetten staat onderlinge bloedbroederschap of spirituele voogdij ingeschreven als huwelijksbeletsel<sup>176</sup>. Deze broederschap

<sup>173</sup> B. BOURDELOIS (1993), 256.

<sup>174</sup> In die zin: B. BOURDELOIS (1993), 256. Slaan we er enkele regelgevingen op na, o.m. de Marokkaanse, die gekenmerkt wordt door een ruime graad van verfijning, dan komen we tot eenzelfde conclusie. In de Algerijnse familiecode kunnen slechts twee bepalingen worden onderscheiden die op de onderlinge verhoudingen betrekking hebben: art. 37 verwoordt het beginsel van de gelijke behandeling van alle echtgenotes en art. 39 stelt dat de echtgenote alle verwanten (en dus ook de andere echtgenotes en kinderen) van haar echtgenoot moet respecteren. Verder is de onderlinge verhouding niet geregeld of gespecificeerd. Bourdelois reikt voor het ontbreken van een verregaandere regeling de verklaring aan dat het familieleven in Afrika eerder sociaal is bepaald. De ascendenten hebben automatisch een collectieve verantwoordelijkheid voor de hele volgende generatie. Iedereen in eenzelfde generatie staat op eenzelfde rang (ouder-nonkel bv.).

<sup>175</sup> B. BOURDELOIS (1993), 258.

<sup>176</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 58, verwijst naar het recht van de Molukken, Portugal, Bolivia en Brazilië. Art. 51 familiecode Bolivia heeft het evenwel slechts over de relatie tussen voogd en kind onder voogdij (dispensatie is mogelijk, evenals een instemming met een onderling huwelijk bij testament of openbare akte door de laatste persoon die het ouderlijk gezag uitgeoefend heeft); art. 183 Braziliaanse familiewet verwijst slechts naar de relatie tussen pleegouder en pleegkind en tussen voogd en kind onder voogdij; art. 1608 Portugees Burgerlijk Wetboek verbiedt slechts een huwelijk tussen pleegkind en voogd en hun familieleden



kan individueel, tussen twee personen, of collectief, tussen twee families of dorpen<sup>177</sup>, ontstaan zijn. Ze is vaak economisch geïnspireerd.

Voorheen stelden ook bepaalde Europese rechtsstelsels een huwelijksverbod in dat nauw aansluit bij dat voor spirituele verwanten. We verwijzen bij wijze van voorbeeld naar het voormalige art. 1361 Grieks burgerlijk wetboek met zijn verbod voor een doopmeter of –peter om met het doopkind te huwen<sup>178</sup>.

**96.** De Nederlandse Hoge Raad heeft in 1978 een vordering van Molukse ouders afgewezen om de huwelijkssluiting van hun kind te verbieden op grond van spirituele verwantschap<sup>179</sup>. Bloedbroederschap levert volgens de Raad geen verboden huwelijksgraad op. JESSURUN D'OLIVEIRA sluit zich niet aan bij deze stelling, ook al betrof het *in casu* Molukkers op wie n.a.v. de staatloosheid van het meisje Nederlands verwantschapsrecht werd toegepast. Ook al was overwegend Nederlands recht van toepassing, de Raad had volgens JESSURUN D'OLIVEIRA een equivalentie kunnen erkennen tussen het Molukse endogamieverbod en het Nederlandse huwelijksbeletel voor verwanten. De vraag wat onder de notie 'broer' en 'zus' moet worden verstaan, wordt bepaald door het personele recht, *in casu* het Molukse recht. Via de equivalentieleer had de Raad volgens deze auteur moeten besluiten dat de huwelijkskandidaten in een verboden verwantschapsgraad stonden tegenover elkaar.

Deze stelling steunt op de opvatting dat op vreemdelingen niet het gezinsconcept van het *forum*, maar dat van hun socio-culturele achtergrond moet worden toegepast, ook als voor hun personeel statuut niet wordt aangeknoopt bij de rechtsorde van die achtergrond, zoals *in casu* wegens apatridie. Wij stemmen hiermee in voor zover het erop aankomt om feitelijk gezinsleven te beschermen. Deze bescherming gebeurt vandaag reeds in het licht van art. 8 E.V.R.M. op grond van de feitelijk beleefde situatie.

Het lijkt ons daarentegen niet wenselijk om de sociale gezinsbeleving een dermate belangrijke plaats te geven in ons rechtsdenken dat de gezinsband aan een huwelijksbeletsel ten grondslag kan liggen. We gaven reeds aan dat deze plaats enkel is weggelegd voor heel nauwe verwantschapsbanden. Het enige aanvaardbare juridische gezinsbegrip is o.i. dat van het recht dat *in casu* wordt toegepast. Slechts als we het buitenlandse recht toepasselijk verklaren om de grondvoorwaarden voor het huwelijk te bepalen en aldus besluiten dat de

---

(t.e.m. schoonbroers en –zussen, nichten en neven). Behoudens het Braziliaanse huwelijksverbod tussen pleegouder en pleegkind, ook als er geen wettelijke voogdij is ingesteld, betreft het m.a.w. meer dan louter spirituele verwantschap en is er sprake van een wettelijke verwantschapsband. We behandelen deze situaties hieronder, titel "Het huwelijksbeletsel n.a.v. een pleegsituatie". We vermoeden dat D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 58, hun bevindingen inzake spirituele verwantschap steunen op het gewoonterecht. Het bestaan van deze verwantschapsband in de Molukken is alvast bevestigd door o.m. H.R. 9 juni 1978, *Ars Aequi* (Ndl.) 1978, 580, noot H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA.

<sup>177</sup> H.R. 9 juni 1978, *Ars Aequi* (Ndl.) 1978, 580, noot H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA.

<sup>178</sup> Afschaffing in 1982.

<sup>179</sup> H.R. 9 juni 1978, *Ars Aequi* (Ndl.) 1978, 580, noot H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA.

betrokken gezinsband *in casu*, in toepassing van het aangewezen recht aan de grondslag ligt van een huwelijksbeletsel, kunnen (en tevens moeten) we er ook het juridisch gezinsconcept aan ontlelen.

Met dit standpunt sluiten we ons aan bij de huidige rechtspraak.

**97.** We sluiten ons binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel aan bij de beginselmatische toepassing van door de verwijzingsregel aangewezen buitenlands recht op huwelijken die in België door of met vreemdelingen worden aangegaan. Steunt een buitenlands huwelijksbeletsel tussen spirituele verwanten op de aanname dat de betrokkenen zich in de dagdagelijkse beleving als broer en zus tegenover elkaar verhouden, dan is het o.i. aangewezen om het toe te passen. Is de notie ruimer opgevat, bv. t.a.v. alle bewoners van een naburig of bevriend dorp, en steunt het beletsel niet tevens op juridische verwantschap, dan menen we daarentegen dat een toepassing van het beletsel een disproportionele inbreuk zou vormen op het beginsel van de huwelijksvrijheid. Dergelijk huwelijksbeletsel zou een tegenhanger zijn van het beletsel in bepaalde rechtsstelsels om te huwen met een persoon die tot een andere geloofsgroep behoort. Daarbij geldt de *eis* om te huwen met een persoon die dezelfde spirituele overtuiging deelt. Bij een ruime invulling van de notie 'spirituele verwantschap' zou een huwelijksbeletsel dat daaraan wordt gekoppeld omgekeerd het *verbod* inhouden om te huwen met een persoon met wie een spirituele band (niet zelden religieus geïnspireerd) bestaat.

**98.** Is een huwelijk evenwel reeds in het buitenland aangegaan in overtreding van het beletsel, dan verdient het o.i. aanbeveling om hier soepel mee om te gaan. Zoals we reeds aangaven speelt enerzijds de vaststelling dat de internationale beslissingsharmonie reeds is geschonden en dat de overtreding onze openbare orde niet stuit.

Anderzijds menen we dat ook de kadering van het concrete beletsel zelf in het geheel van het toepasselijke recht argumenten aanreikt om soepelheid aan de dag te leggen. Spirituele verwantschap brengt m.n. vermoedelijk geen andere familierechtelijke gevolgen met zich mee dan het genoemde huwelijksverbod. Voor zover we hebben kunnen nagaan, figureert het niet in het verwantschapsrecht van de rechtsordes die het beletsel instellen<sup>180</sup>. Zien we een overtreding van het huwelijksbeletsel door de vingers, dan worden bijgevolg geen andere rechtsverhoudingen in de war gestuurd. Meer nog dan m.b.t. strengere buitenlandse verwantschapsbeletselen die wél op een juridische verwantschapsband steunen, waardoor een overtreding ervan wél consequenties heeft voor andere rechtsverhoudingen, bv. de incestueuze afstamming van een gemeenschappelijk kind, menen we dat er geen bezwaren rijzen tegen een loutere toepassing van het huwelijksbeletsel tussen spirituele verwanten als

<sup>180</sup> Hetzelfde geldt weliswaar voor het Belgische huwelijksbeletsel voor aanverwanten in de rechte lijn, dat wél steeds strikt wordt toegepast. We menen evenwel dat *in casu*, gezien de zwakke band die de overtreding van de buitenlandse vereiste heeft met de Belgische rechtsorde en gezien de reeds gerealiseerde verstoring van de internationale beslissingsharmonie, soepel kan worden opgetreden.

verbiedend beletsel.

## C.4. HET HUWELIJKSBELETSEL VAN DE MELKVERWANTSCHAP (RIDA'A)

### C.4.A. HET HUWELIJKSBELETSEL EN ZIJN KWALIFICATIE NAAR BUITENLANDS RECHT

#### \* *Het huwelijksbeletsel*

99. O.m. het Algerijnse<sup>181</sup>, Bengaalse, Egyptische<sup>182</sup>, Iraakse<sup>183</sup>, Iraanse<sup>184</sup>, Israëlische<sup>185</sup>, Jordaanse<sup>186</sup>, Koeweitse<sup>187</sup>, Libanese<sup>188</sup>, Libische, Malinese, Marokkaanse<sup>189</sup>, Mauretaanse<sup>190</sup>, Syrische<sup>191</sup>, Tunesische<sup>192</sup> en Turkse<sup>193</sup> recht stellen een huwelijksbeletsel in tussen melkverwanten. Het verbod steunt op het

<sup>181</sup> Art. 27 tot 29 Loi portant Code de la famille, nr. 84-11 van 9 juni 1984, J.O. nr. 24 van 12 juni 1984; D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 121.

<sup>182</sup> Art. 375 Wet van 1875 betreffende het personeel statuut en het erfrecht; D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 54.

<sup>183</sup> § 16 Iraakse familiewet; J.J. NASIR (1990), 21.

<sup>184</sup> Art. 1046 Iraanse Wet nr. 188 van 19 december 1959 betreffende het personeel statuut, J.O. nr. 280 van 30 december 1959, gewijzigd bij wet nr. 11 van 1963, J.O. nr. 785 van 21 maart 1963, gewijzigd bij wet nr. 51 van 1985, J.O. nr. 31 van 1985, *aangeh.* door D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 119.

<sup>185</sup> Art. 18 en 16 Israëlische familiewet.

<sup>186</sup> Art. 26 Jordaanse familiewet.

<sup>187</sup> Art. 16 Koeweitse familiewet; J.J. NASIR (1990), 21.

<sup>188</sup> Melkverwantschap vormt er slechts een beletsel voor moslims, niet voor joden (art. 26 familiewet) of christenen (art. 32).

<sup>189</sup> Art. 28 Mud.

<sup>190</sup> Art. 30 en 34 familiewet. Het betreft slechts een verbiedend huwelijksbeletsel (art. 40-41) als tevens de melk tijdens de eerste 26 levensmaanden werd verstrekt en het kind in die periode niet eveneens moedermelk heeft ontvangen. Blijkt een huwelijk aangegaan te zijn in strijd met het melkverwantschapsbeletsel, dan kunnen de echtgenoten elkaar alsnog verstoppen (art. 41).

<sup>191</sup> Art. 35 Wet nr. 59 van 17 september 1953 betreffende het personeel statuut, J.O. 1953, 4783 en 5187. Deze wet was de eerste die melding maakte over het bestaan van melkverwantschap.

<sup>192</sup> De zogenaamde 'colactatie', de melkvoeding van de kandidaat-bruid en -bruidegom door eenzelfde vrouw, levert een huwelijksbeletsel op. De colactatie, die haar oorsprong kent in sourat 4, vers 23 van de Koran, kan als een variant van pleegouderschap worden beschouwd. De gevolgen die eruit voortvloeien kunnen worden gelijkgesteld met die van bloed- en aanverwantschap. Art. 17 Tunesische Code du statut personnel van 13 augustus 1956, J.O. 1742, gewijzigd bij Wet van 20 februari 1964, (J.O. 195, *aangeh.* door D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 121) beschouwt het als een absoluut huwelijksbeletsel. De colactatie zelf is evenwel een louter gebruik en kent geen wettelijke grondslag, tenzij men verwijst naar het Wetboek van verbintenissen dat in art. 831 stelt dat geen enkele vrouw een engagement als voedster mag aangaan zonder de toelating van haar echtgenoot. Deze laatste heeft het recht elke overeenkomst te verbreken die zonder zijn toestemming is aangegaan. Zie ook: A.BEL HAJ HAMOUDA, "A la recherche d'une autre famille: la famille nourricière. Cas du droit tunésien", in J. POUSSON-PETIT (ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, 407.

<sup>193</sup> Wet nr. 1587 van 15 november 1972 betreffende het burgerlijk statuut, *Resmî Gaz.* nr. 14.189 van 16 mei 1972, gewijzigd bij wet van 15 november 1984, *Resmî Gaz.* nr. 18.582 van 21 november 1984, *aangeh.* door D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 121; A.C.M. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 183.

*adagium 'milk runs like the blood'*<sup>194</sup>. De Islam erkent inmiddels dat de genetica het geloof dat dit verbod heeft voortgebracht tegensprekt. Het geloof blijft niettemin overeind<sup>195</sup>, en daarmee ook het verbod.

**100.** Melkverwantschap ontstaat in de meeste Staten zodra het kind door eenzelfde vrouw vijf keer is gezoogd<sup>196</sup> gedurende zijn eerste twee levensjaren<sup>197</sup>. Naar Egyptisch recht zou een enkele druppel melk reeds volstaan. Het Iraanse recht vereist dan weer vijftien zoogbeurten of een zoogtermijn van minstens een dag en daaropvolgende nacht, gecombineerd met enkele bijkomende voorwaarden<sup>198</sup>.

**101.** De regeling binnen de onderscheiden rechtsstelsels verschilt onderling tevens met betrekking tot de personen t.a.v. wie het beletsel geldt.

Het huwelijksverbod geldt over het algemeen<sup>199</sup> tussen enerzijds het kind en diens afstammelingen en anderzijds de voedster zelf, haar echtgenoot<sup>200</sup>, broers en zussen en de kinderen van alle genoemden<sup>201</sup>. Deze omschrijving stemt over het algemeen overeen met deze voor het huwelijksverbod tussen

<sup>194</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, (1965), 694; S.S. SHAH, "Fosterage as a ground of marital prohibition in Islam and the status of Human Milk Banks", *Arab Law Quarterly* 1994, 3-7.

<sup>195</sup> M. FORSTNER, "Das neue Algerische Ehe- und Kindschaftsrecht – Gesetz und soziale Wirklichkeit", *StAZ* (Dtsl.) 1987, 211.

<sup>196</sup> Art. 28 Mud. (dit artikel vervolgt: "daarbij telt alleen wat volgens de gewoonte beschouwd wordt als een volledige zoogbeurt"); art. 29 Algerijnse familiecode; art. 35 Syrische familiewet.

<sup>197</sup> O.m. art. 35 Syrische familiewet.

<sup>198</sup> Art. 1046 Iraanse familiewet (bijkomend wordt o.m. vereist dat de melk afkomstig is van een geoorloofde zwangerschap, dat tussendoor geen zoging door een andere vrouw heeft plaatsgevonden en dat de melk rechtstreeks van de borst kwam). Hierover ook: J. KHATIB-CHAHIDI, "Milk kinship in Shi'ite Islamic Iran", in V. MAHER (ed.), *The anthropology of breast-feeding. Natural law or social construct*, Oxford, Berg, 1992, 116-117. Deze termijn wordt door J.J. NASIR (1990), 21, als algemene regel beschreven. M. SIRAJ SAIT, "Islamic perspectives on the rights of the child", in D. FOTTELL (ed.), *Revisiting Children's Rights. 10 years of the UN Convention on the Rights of the Child*, Den Haag/London/Boston, Kluwer, 2000, 44, stelt ten onrechte vijf voedingen voorop als regel. Voorheen waren over het algemeen tien voedingen vereist.

<sup>199</sup> O.m. in bepaalde streken van Turkije wordt men slechts melkbroer of -zus als men tegelijkertijd door dezelfde vrouw is gezoogd: D. LONG, *Milky ways. Milk kinship in anthropological literature and in a Turkish village community*, Nijmegen, doctoraat culturele antropologie, 1996, 3.

<sup>200</sup> Dit evenwel enkel als de melk waarmee het kind gezoogd is het resultaat kan zijn van zijn geslachtelijke omgang met de moeder, bv. niet als het kind reeds gezoogd werd voor de huwelijksvoltrekking: D. LONG, o.c., 131. Is de melk het gevolg van een overspelige relatie, dan ontstaat een huwelijksbeletsel t.a.v. die derde en t.a.v. zijn familieleden in de rechte lijn (niet de zijlijn): D. LONG, o.c., 129. Scheidt de vrouw tijdens de zoging uit de echt en zet ze de zoging voort tijdens een opvolgend huwelijk waarin ze zwanger wordt (na afloop van de *idda* n.a.v. het voorgaande huwelijk), dan wordt enkel de nieuwe echtgenoot melkvader: D. LONG, o.c., 129.

<sup>201</sup> F. BOULANGER (1992), 171; D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 54; D. BEKE, "De evolutie van het burgerlijk recht in de landen van Noord-Afrika. Een verloren strijd voor modernisten?", in *Migranten en (ge)recht, vragen over cultuurwaarden in het recht*, reeks Cultuur en migratie, Brussel, 1990, 74. D. LONG, o.c., 129, vult aan dat de melkverwantschap ook de ouders van de melkmoeder en melkvader en hun kleinkinderen betreft (m.a.w. verwanten in de rechte lijn tot de tweede graad). Y. LINANT DE BELLEFONDS (1973), 143, spreekt over een band tussen alle familieleden van de melkmoeder en alle familieleden van het kind.

bloedverwanten<sup>202</sup>. Het beletsel is gesteund op de gedachte dat het melk van de zoogmoeder afkomstig is van haar echtgenoot. Hierdoor is de familiegedachte opgenomen in het gebeuren en worden melk en bloed gelijkgesteld<sup>203</sup>. Wel geldt het verbod slechts t.a.v. het gezoogde kind zelf. Zijn of haar broers en zussen worden expliciet buiten de zoogverwantschap gehouden<sup>204</sup>.

Een vrouw zou vanaf de leeftijd van negen jaar melkmoeder kunnen worden<sup>205</sup>.

**102.** Naar o.m. Shi'itisch Iraans recht heeft het verbod tevens betrekking op de (melk)ascendenten van de melkmoeder en melkvader en hun (melk-)broers en –zussen. De vader van een melkkind kan overigens het biologische kind van de melkmoeder of melkvader niet huwen. Het melkkind van één van deze kan hij wel huwen. Dergelijk huwelijk wordt niettemin afgeraden. Een melkmoeder of één van haar verwanten kan wel huwen met een broer of zus van het melkkind. Terwijl t.a.v. het melkkind m.a.w. een huwelijksverbod bestaat t.a.v. zowel gewone familie als melkfamilie van de melkmoeder en –vader in de rechte lijn en in de zijlijn, beperkt de draagwijdte van het verbod t.a.v. zijn verwanten in de rechte lijn zich tot de melkouders en hun biologische verwanten in de rechte lijn.

Naar Iraans recht mag een vrouw bovendien het kind of de stiefdochter van haar (stief)dochter nooit zogen. Zoniet wordt het huwelijk van haar dochter nietig<sup>206</sup>.

**103.** Het bewijs van de melkverwantschap wordt geleverd door de getuigenis van twee mannen, of één man en twee vrouwen, soms ook mogelijk door vier vrouwen. Bepaalde auteurs menen dat de getuigenis van één enkele vrouw al voldoende twijfel zaait om het huwelijksbeletsel toe te passen<sup>207</sup>. Dit wijst er o.i. op dat het beletsel ernstig wordt genomen. Over het algemeen wordt aan het optreden van een vrouw in een islamstaat immers vooralsnog weinig juridische betekenis verleend, behoudens in het private rechtsverkeer<sup>208</sup>.

<sup>202</sup> O.m. art. 28 Algerijnse wet; art. 17 Tunesische familiewet; art. 35 Syrische familiewet; art. 28 Mud.; art. 1046 Iraanse familiewet.

N. ANDERSON, "Islamic family law", in M.A. GLENDON (ed.), *Persons and family, The family in religious and customary laws, reeks International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1983, nr. 115, stelt o.i. verkeerdelijk dat de huwelijksbeletselen steeds zo uitgebreid zijn.

<sup>203</sup> S. ALTORKI, "Milk-kinship in Arab Society. An unexplored problem in the Ethnography of Marriage", *Ethnology* 1980, 243.

<sup>204</sup> J.J. NASIR (1990), 21.

<sup>205</sup> D. LONG, o.c., 124.

<sup>206</sup> J. KHATIB-CHAHIDI, *I.c.*, 116.

<sup>207</sup> S. ALTORKI, *I.c.*, 238. Zie ook: F. HERITIER, *Les deux sœurs et leur mère: anthropologie de l'inceste*, Paris, Jacob, 1997, 333 p.

<sup>208</sup> Zie o.m. de vaststelling hogerop dat ze zelden wordt geraadpleegd m.b.t. de huwelijksplannen van haar kind, *versus* het optreden van de vader of een andere man (bv. art. 11 Mud.) als *wali* (titel B. "De huwelijks toestemming", ondertitel "Het huwelijk bij vertegenwoordiging"); zie ook het voorbehoud in beginsel van getuigenissen aan mannen (...). Zie anderzijds het recht om over de eigen goederen te beschikken (bv. art. 18 en 35 Mud.) en de regel dat de vrouw op haar woord wordt geloofd wat betreft haar verklaring dat het huwelijk al dan niet reeds geslachtelijk voltrokken is (bv. art. 24 en 27 Mud., m.b.t. de bruidsgift; zie ook Rb. Brussel 20 februari 1985, *J.T.* 1985, 286; Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 391, noot M. FALLON).

**104.** Melkverwantschap vormt tevens een bijkomend huwelijksbeletsel t.a.v. polygame mannen. Een man kan niet huwen met twee vrouwen die onderling verwant zijn op zo'n wijze dat, waren ze van verschillend geslacht geweest, ze niet onderling zouden kunnen huwen<sup>209</sup>. Dit huwelijksbeletsel sluit impliciet ook het verbod in om te huwen met twee vrouwen die onderling melkverwant zijn. Het verbod vervalt zodra één van de vrouwen is gescheiden en haar *iddat*-termijn is verstreken.

**\* De plaats van melkverwantschap in het geheel van het recht**

**105.** In het verleden werd de verhouding tussen melkverwanten op voet van gelijkheid gesteld met een hechte familieband, mogelijk met een bloedband<sup>210</sup>. De melkverwanten werden bv. geraadpleegd wanneer belangrijke beslissingen moesten worden genomen<sup>211</sup>.

Vandaag evenwel neemt het gebruik van de zoging door een andere vrouw af, t.g.v. de introductie van melkpoeder<sup>212</sup>. Meerdere auteurs stellen vast dat de techniek niettemin gehandhaafd blijft. Soms gebeurt dat toevallig, uit praktische overwegingen<sup>213</sup>, Soms gebeurt het intentioneel, als methode om ongewenste huwelijken te voorkomen. Zo is in Turkije een huwelijk met het kind van een zus van de moeder onwenselijk<sup>214</sup>. Door een melkverwantschap te creëren, kan een juridisch huwelijksbeletsel worden ingesteld. Melkverwantschap werd ook reeds meermaals ingesteld om de strenge *chador*-regeling binnenshuis overbodig te maken: zoogt het dienstmeisje één van de kinderen van het huis, dan ontstaat melkverwantschap tussen alle betrokkenen, en moeten de dochters van de ene familie hun gelaat niet langer bedekken voor de zonen van de andere familie<sup>215</sup>.

**106.** Zowel uit eigen raadplegingen van de wetgeving van de betrokken rechtsstelsels als uit rechtsantropologisch literatuuronderzoek<sup>216</sup> blijkt dat de

<sup>209</sup> Zie o.m. 27-29 Algerijnse familiecode. Hierover ook D. LONG, o.c., 136.

<sup>210</sup> A.C.M. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 183.

<sup>211</sup> S. ALTORKI, *I.c.*, 240.

<sup>212</sup> J. KHATIB-CHAHIDI, *I.c.*, 128.

<sup>213</sup> Getuigen vertelden me dat een huilend kind wel eens vaker gewoon op de schoot wordt genomen en gezoogd wordt door een buurvrouw of vriendin. Gebeurt dat meermaals op korte tijd, dan is de melkverwantschap gecreëerd, vaak niet eens intentioneel.

<sup>214</sup> J. KHATIB-CHAHIDI, *I.c.*, 125.

<sup>215</sup> J. KHATIB-CHAHIDI, *I.c.*, 129.

<sup>216</sup> J. KHATIB-CHAHIDI, *I.c.*, 109-132; S. ALTORKI, *I.c.*, 233-244; D. LONG, o.c., 156 p. We vonden het nuttig mede te kunnen steunen op deze referenties. Een loutere raadpleging van wetgeving volstaat immers niet om met zekerheid te kunnen stellen welke de toepasselijke regel is, zeker niet m.b.t. een andere rechtsfamilie, zoals *in casu* die van de islamitische rechtsstelsels. De bevinding dat melkverwantschap geen verdere familierechtelijke gevolgen heeft, is van groot belang voor onze beoordeling van de mate waarin gezinsleven kan worden aangenomen. *Milk runs like the blood*, maar de gezinsband is voor de rest van het familierecht niet vergelijkbaar met deze die bloedverwantschap instelt. Ook voor onze studie van het gezinsherenigingsrecht heeft deze bevinding vergaande gevolgen. Aangezien geen verwantschapsband ontstaat, verleent melkverwantschap evenmin een recht op gezinshereniging en kan ze hoogstens aan de grondslag liggen van een machting tot het verblijf (als pleegkind).

melkverwantschap geen verdere familierechtelijke gevolgen instelt. Ook al zijn de huwelijksbeletselen streng geformuleerd, melkverwantschap impliceert geen onderhoudsplicht, erfrecht of enige voogdijverhouding tussen de betrokkenen<sup>217</sup>.

#### C.4.B. EVALUATIE VAN HET BELETSEL DOOR DE I.P.R.-RECHTER

##### \* *Globale beoordeling*

**107.** De vraag rijst vervolgens of het huwelijksbeletsel van de melkverwantschap ook door de Belgische I.P.R.-rechter in acht genomen moet worden<sup>218</sup>. Erkent hij met een toepassing van het beletsel dat sprake is van een verruimd gezinsconcept? Is dat het geval, dan vergt de billijkheid dat dat concept in het geheel van het recht wordt toegepast, zo ook in het verblijfsrecht, via de notie van art. 8 E.V.R.M.

We gaven evenwel zopas aan dat er geen sprake kan zijn van een bescherming in het eigen familierecht, aangezien ook het buitenlandse recht hier niet in voorziet. Bijgevolg zal voor de melkverwantschap in ons gezinsherenigingsrecht geen sterkere rol zijn weggelegd dan het bieden van enige duiding aan het feitelijke gezinsleven dat mogelijk tussen de melkverwanten is ontstaan. Zoals eenieder zullen de melkverwanten het bewijs moeten leveren van effectief gezinsleven en zullen ze de *elsewhere approach* moeten doorstaan, willen ze tot gezinshereniging worden gemachtigd. Het is m.a.w. aangewezen dat de melkverwantschap in het gezinsherenigingsrecht slechts wordt gekwalificeerd als een rechtsfeit.

Hieruit volgt dat de toepassing van het huwelijksbeletsel geen rechtstreekse gevolgen heeft voor de rest van het familierecht noch voor het verblijfsrecht.

**108.** Past de I.P.R.-rechter het beletsel niet toe, dan stelt hij de personele wet van de betrokken vreemdeling buiten werking en kan een hinkend huwelijk ontstaan.

De genoemde overwegingen doen ons alvast opteren voor een toepassing van het beletsel in zoverre dat de internationale beslissingsharmonie dient, m.n. als verbiedend beletsel. We voeren hiervoor een gelijkaardige argumentering als hierboven, m.b.t. de genoemde verwantschapsbeletselen.

<sup>217</sup> J. KHATIB-CHAHIDI, *I.c.*, 109 en 126-128, waar het onderscheid met 'fosterage' wordt uiteengezet.

<sup>218</sup> Hierover o.m. D. LONG, *Milky ways. Milk kinship in anthropological literature and in a Turkish village community*, Nijmegen, doctoraat culturele antropologie, 1996, 156 p.; W. JANSEN, "Sociale aspecten van de rechtsregels omtrent melkverwantschap", in S. RUTTEN (ed.), *Recht van de islam 13. Teksten van het op 9 juni 1995 te Leiden gehouden dertiende RIMO-symposium*, Maastricht, Vereniging ter bestudering van het recht van de islam en het Midden-Oosten, 1996, 61-87; H. DÖLLE, *Internationales Privatrecht*, Karlsruhe, Müller, 1972, 101-113, 272-273; F. GAMILLSCHEG, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz*, art. 13, nr. 231-234, 383. Voor het Amerikaanse recht: H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, Minnesota, St. Paul, 1988, 70-74.

**109.** In het kader van ons voorstel om t.a.v. vreemdelingen met een stabiele verblijfspositie aan te knopen bij het Belgische recht en om andere vreemdelingen een (eenmalige) rechtskeuze te laten tussen Belgisch recht en hun *lex patriae*, zou de voorgestelde toepassing als verbiedend beletsel een beperkter personeel toepassingsgebied hebben. Het beletsel zou slechts worden toegepast bij zwakke *Inlandsbeziehung*.

**110.** Er is ons geen Belgische rechtspraak bekend met betrekking tot de melkverwantschap, noch inzake de omgang met het corresponderende huwelijksbeletsel, noch inzake de gevolgen ervan voor het ouderlijk gezag, de sociale zekerheid of het verblijfsrecht. Ook Frankrijk is de confrontatie met het beletsel bij de sluiting van het Frans-Marokkaanse Verdrag uit de weg gegaan<sup>219</sup>.

Bepaalde Duitse auteurs hebben zich reeds met de vraag ingelaten, al heeft het huwelijksbeletsel zich ook in Duitsland voor zover we weten nog niet gemanifesteerd. Ze menen allen dat het beletsel niet moet worden toegepast op onderdanen en op vreemdelingen met gewoonlijk verblijf in Duitsland. In de andere situaties kan het beletsel evenwel, bij gebrek aan *Inlandsbeziehung*, worden toegepast<sup>220</sup>. *In casu* sluiten we ons volledig aan bij deze aanpak<sup>221</sup>.

**\* Beoordeling in het licht van het beginsel van de huwelijksvrijheid**

**111.** Verzet het recht om te huwen zich tegen het huwelijksbeletsel van de melkverwantschap? We gaven reeds aan dat een analyse van de *ratio legis* van onze eigen verwantschapsbeletsel uitwijst dat deze niet steeds louter op biologische (eugenetische) argumenten zijn gesteund. Soms spelen louter morele argumenten, bv. bij het verwantschapsbeletsel van de adoptieve verwantschap.

**112.** De vaststelling dat onze eigen rechtsorde bepaalde huwelijksbeletsel steunt op louter morele argumenten, vormt op zijn minst een argument om de toepassing van buitenlandse rechtsstelsels die hetzelfde doen, zij het vanuit

<sup>219</sup> P. DECROUX, "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative...", *J.D.I.* 1985, 65: art. 5 van het Frans-Marokkaanse verdrag somt de huwelijksvereisten op waarop het Verdrag betrekking heeft. Naar het beletsel van de melkverwantschap en het religieus huwelijksbeletsel wordt niet verwezen.

<sup>220</sup> M. COESTER, "Art. 13 E.G.B.G.B.", in Münchener Kommentar, nr. 40; H. KOTZUR, Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen: dargestellt am Beispiel deutsch-maghrebinischer Verbindungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, 112; C. VON BAR en P. MANKOWSKI, "Art. 13 E.G.B.G.B.", in Staudinger Kommentar, nr. 232.

<sup>221</sup> M.b.t. bepaalde andere huwelijksbeletsel die kennelijk discriminatoir en/of disproportioneel zijn, blijkt de Duitse rechter de beoordeling eveneens louter te bepalen a.h.v. de verbondenheid van de concrete situatie met de Duitse rechtsorde. Bij zo goed als alle uitspraken die we konden inzien, werd de exceptie van openbare orde slechts toegepast als de situatie nauwe banden vertoonde met de Duitse rechtsorde. Het belang van het grondrecht dat in het geding was, bv. het beginsel van de huwelijksvrijheid, kon de rechter er niet toe overhalen om de eisen inzake territoriale gebondenheid af te zwakken. In dergelijke strakke invulling van de openbare orde, louter op grond van de *Inlandsbeziehung*, kunnen we ons niet terugvinden: cf. *infra*, hoofdstuk 4.



andere morele opvattingen<sup>222</sup>, niet zonder meer af te wijzen<sup>223</sup>. Hiermee houden we geen pleidooi voor moreel relativisme: we beogen slechts dat buitenlands recht wordt toegepast zolang er geen overtuigende bezwaren van openbare orde rijzen tegen die toepassing. Bepaalde morele argumenten zijn onaanvaardbaar, zo bv. in het licht van het beginsel van de huwelijksvrijheid een verbod wegens spirituele verwantschap dat betrekking heeft op volledige gemeenschappen<sup>224</sup>. Andere argumenten zijn ons weliswaar mogelijk onbekend, maar daarom niet *a priori* verwerpelijk, zo bv. het beletsel wegens melkverwantschap.

**113.** De melkverwantschap brengt weliswaar na de zoogperiode geen enkele juridische verplichting meer met zich mee, ook niet bij behoefte van het kind. Aanverwantschap doet dat echter evenmin<sup>225</sup> en impliceert ook een huwelijksbeletsel. We zouden op grond hiervan kunnen voorstellen dat op eenzelfde manier als bij aanverwantschap het huwelijksbeletsel van de melkverwantschap kan blijven bestaan, los van andere elementen van het familieleven.

**114.** Plaatsen we het huwelijksbeletsel van de melkverwantschap evenwel in een ruimer perspectief, dan lijkt het ons aangewezen om het beletsel, ondanks zijn benaming, niet te kwalificeren als verwantschapsbeletsel. Het belang hiervan blijkt in het afstammingsrecht, meer bepaald m.b.t. het verbod om incestueuze afstamming vast te stellen.

Naar islamitisch geïnspireerd recht kan een buitenhuwelijkse afstamming niet vastgesteld worden. Aangezien melkverwanten niet kunnen huwen<sup>226</sup>, kunnen ze geen wettige kinderen krijgen. Het betreffende recht voorziet niet in een dispensatiemogelijkheid om alsnog een huwelijk toe te laten.

<sup>222</sup> Deze bedenking gaat o.m. op voor het huwelijksbeletsel tussen aanverwanten, waaronder overigens stiefouder en stiefkind, die een verhouding hebben die niet zo ver af ligt van de verhouding tussen melkverwanten.

<sup>223</sup> Zie ook A. HEYVAERT (1995), 295, die de grote overeenkomst met de rechtsfiguur van de adoptie beklemtoont. *Contra*: F. BOULANGER (1992), I, 227, wijst het beletsel zonder meer af en stelt dat de rechter er de exceptie van openbare orde tegen inroept, maar haalt geen rechtspraak of andere rechtsleer in die zin aan.

<sup>224</sup> Cf. *supra*, randnrs 95 e.v.

<sup>225</sup> Wel kan aanverwantschap gevolgen hebben voor het erfrecht, bv. n.a.v. de stiefmoederclausule.

<sup>226</sup> De verwantschap schept een huwelijksbeletsel tussen de vrouw en het gezoogde kind, evenals tussen een aantal van hun bloedverwanten. Het huwelijksbeletsel is gesteund op de gedachte dat het melk van de zoogmoeder afkomstig is van haar echtgenoot. Om die reden heeft de verwantschapsband ook betrekking op enkele verwanten van de zoogmoeder: S. ALTORKI, "Milk-kinship in Arab Society. An unexplored problem in the Ethnography of Marriage", *Ethnology* 1980, 243. De omvang van deze laatste groep verschilt naargelang de rechtsorde waartoe het kind behoort. Naar Syrisch, Tunesisch en Algerijns recht geldt een huwelijksbeletsel voor het kind én diens afstammelingen t.a.v. de voedster zelf, haar echtgenoot, kinderen en broers. Een man mag naar Algerijns recht evenmin tegelijk zijn gehuwd met een vrouw en de kinderen van haar voedster. Naar Marokkaans recht geldt het huwelijksverbod slechts t.a.v. het gezoogde kind zelf en de zoogmoeder of haar echtgenoot. De broers en zussen van het zoogkind worden expliciet buiten de zoogverwantschap met de zoogmoeder van hun broer/zus gehouden.

Mocht wél worden aangenomen dat het huwelijksbeletsel een verwantschapsbeletsel is, dan zou er in beginsel een incestverbod uit volgen. Aangezien geen dispensatie mogelijk is, zou niet van het verbod kunnen worden afgeweken. Ook al kan een buitenhuwelijkse afstamming in België wél worden vastgesteld, een absoluut incestueuze afstamming kan dat niet.

**115.** Nemen we aan dat het huwelijksbeletsel geen verwantschapsbeletsel is en dat een relatie tussen melkverwanten wel verboden is, maar niet incestueus, dan is ook het kind dat uit de relatie voortspuit geen incestueus verwekt kind. Zijn ouders kunnen weliswaar niet huwen. Het kind kan m.a.w. geen huwelijks statuut verwerven. Wél kan in toepassing van Belgisch recht een buitenhuwelijkse afstamming worden vastgesteld, in het belang van het kind, na opwerping van de B.I.P.O.O-exceptie tegen de onmogelijkheid om buitenhuwelijkse afstamming vast te stellen.

**116.** Om die reden menen we dat het niet is aangewezen om een adaptatie met het huwelijksbeletsel van aanverwantschap door te voeren, maar om het huwelijksbeletsel als een afzonderlijk beletsel te beschouwen, zoals de beletselen die in het volgende hoofdstuk aan bod komen<sup>227</sup>.

Het argument dat aan de aanverwantschap een juridische instelling ten grondslag ligt met belangrijke familierechtelijke gevolgen (het huwelijk), terwijl de melkverwantschap geen enkel rechtsgevolg instelt, behoudens het genoemde huwelijksbeletsel, volstaat o.i. op zich reeds om een adaptatie van beide 'verwantschapsvormen' af te wijzen.

#### **\* Implicaties voor het verblijfsrecht**

**117.** Het voorstel om het huwelijksbeletsel van de melkverwantschap doorgang te laten vinden in het Belgische I.P.R. heeft geen gevolgen voor het verblijfsrecht. De zoging stelt geen verwantschapsband in.

**118.** De mogelijke pleegverhouding die eruit voortvloeit volstaat op zich niet om te besluiten tot familielevens in de zin van art. 8 E.V.R.M. We menen dat daar pas sprake van is bij langdurige plaatsing en naar analogie met de Europese aanbeveling nr. R(87)6 menen we dat "il y a placement lorsqu'un enfant est confié, autrement qu'en vue d'adoption, à un couple ou à une personne ('parents nourriciers') qui prend soin de cet enfant pendant une période excédant une courte durée ou pendant une période indéterminée sans en avoir la garde et sans être son père ou sa mère".

Het is o.i. aanvaardbaar dat de verhouding bij effectieve opname in het gezin van de melkmoeder wordt gekwalificeerd als een pleegsituatie. Slechts als feitelijk familielevens wordt bewezen, kunnen aanspraken worden afgedwongen in toepassing van art. 8 E.V.R.M. Het bestaan van melkverwantschap zal het bewijs

---

<sup>227</sup> Cf. *infra*, hoofdstuk 4 (buitenlandse beletselen).

van feitelijk familieleven of de voorwaarden voor een verblijfsmachtiging evenwel niet versoepelen. Het levert slechts het bewijs dat er ooit zoging heeft plaatsgevonden, maar zegt niets over de intensiteit van de onderlinge band die daarbij is ontstaan, en *a fortiori* niets over de band die is blijven voortbestaan. Ook het Belgische recht moet m.a.w. slechts beperkt rekening houden met de melkverwantschap.

**\* Conclusie**

**119.** Het huwelijksbeletsel van de melkverwantschap is een grondvoorwaarde voor het huwelijk die in beginsel niet op de B.I.P.O.O.-exceptie hoeft te stuiten.

Deze conclusie heeft geen verstrekkende gevolgen: er vloeit geen recht op gezinshereniging uit voort.

**120.** De toepassing van het beletsel kan in België evenwel op problemen stuiten inzake bewijs. Zolang de melkverwantschap niet op overtuigende wijze aangetoond kan worden, zal ze in België niet aan de grondslag kunnen liggen van een verbod om te huwen, dit i.t.t. meerdere buitenlandse rechtsstelsels, die het verbod instellen t.a.v. elke vrouw die beweert een melkverwantschap te hebben met een bepaalde persoon of t.a.v. wie twijfels ter zake rijzen<sup>228</sup>.

Wordt het bewijs wél geleverd, dan dient het huwelijksbeletsel o.i. te worden toegepast op vreemdelingen. Ons aanknopingsvoorstel biedt ook in dit verband o.i. de beste oplossing voor het I.P.R.-conflict: zolang de vreemdeling niet zijn voornaamste banden heeft met de Belgische rechtsorde, *i.e.* bij stabiel verblijf (vanuit een verwacht engagement) of bij persoonlijke optie voor een aanknopung bij Belgisch recht (vanuit een persoonlijk engagement), is het in het licht van de internationale beslissingsharmonie aangewezen om aan te knopen bij zijn *lex patriae*.

## **C.5. HET HUWELIJKSBELETSEL N.A.V. EEN PLEEGSITUATIE**

### **C.5.A. KAFALA**

**121.** Noch in Marokko, noch in Algerije<sup>229</sup>, noch in Tunesië schept de *kafala* een huwelijksbeletsel tussen *makfoul* en *kafil*<sup>230</sup>. Dit vloeit vermoedelijk voort uit het ontbreken van een verwantschapsband tussen beiden.

<sup>228</sup> In die zin o.m. D. LONG, o.c., 132: ook al wordt soms besloten dat ze geen melkmoeder is, ze wordt geacht op gepaste wijze te handelen en zich wél als dusdanig te beschouwen.

<sup>229</sup> N. YOUNSI HADDAD, "La kafala en droit algérien", in J. POUSSON-PETIT (ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, 129-158.

<sup>230</sup> M.-N. CHARLES, "De la famille Fa'a'amu en Polynésie française à la nécessité d'un statut de la famille nourricière", in J. POUSSON-PETIT (ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, 97.

Aangezien de *kafala* familierechtelijk wordt gekwalificeerd als een loutere pleegsituatie en dergelijke verhouding in België niet aan de grondslag ligt van een huwelijksbeletsel, zullen de Belgische ambtenaar en rechter vermoedelijk geen problemen zien in een huwelijk tussen *makfoul* en *kafil*.

**122.** In een Staat waar een pleegsituatie wél een huwelijksbeletsel schept, kan dat anders liggen. Het is immers goed denkbaar dat de *kafala* wordt geadapted aan een internrechtelijke pleegsituatie. Staten die zich niet hebben aangesloten bij het Haagse Verdrag kunnen besluiten om hun internrechtelijke verwantschapsbeletselen toe te passen als beletselen van openbare orde, m.a.w. ook op vreemdelingen.

#### C.5.B. ANDERE PLEEGSITUATIES

**123.** In toepassing van o.m. art. 183 Braziliaanse familiewet, art. 1608 Portugees Burgerlijk Wetboek, art. 50 Servische familiewet, art. 20 Familiewet Montenegro, art. 51 Boliviaanse familiecode<sup>231</sup>, art. 5 familiewet van Cuba, art. 8 familiewet van Roemenië en art. 22 familiewet van Slovenië kan het kind dat onder voogdij staat niet huwen met zijn voogd.

**124.** Een verwijzing naar een huwelijksverbod tussen een feitelijke pleegouder en zijn pleegkind vonden we in het Braziliaans, Portugees en Indonesisch recht<sup>232</sup>. Dit beletsel vormt zo goed als het enige element van de juridische regeling van de verhouding. We gaven reeds aan dat dat eveneens het geval is voor het huwelijksbeletsel naar o.m. Belgisch, Duits, Frans, Joegoslavisch, Albanees en Indonesisch recht<sup>233</sup> tussen stiefouder en stiefkind<sup>234</sup>, voor het aanverwantschapsbeletsel en voor het beletsel dat steunt op spirituele verwantschap<sup>235</sup>.

**125.** Ook naar Belgisch recht hoeft een huwelijksbeletsel dat steunt op nauwe verwantschap m.a.w. niet steeds betrekking te hebben op sterk beschermd familieleven. Meer nog, het Belgische huwelijksrecht stelt een huwelijksverbod in tussen personen die helemaal géén onderlinge juridische verwantschapsband

<sup>231</sup> Dispensatie is evenwel mogelijk, evenals een toestemming bij testament of openbare akte door de laatste persoon die het ouderlijk gezag uitgeoefend heeft.

<sup>232</sup> Art. 183 Braziliaanse familiewet, art. 1608 Portugees Burgerlijk Wetboek en art. 8 Indonesische familiewet. De laatstgenoemde wet stelt tevens een huwelijksbeletsel in t.a.v. de pleegbroer en -zus, pleegnonkel en -tante.

<sup>233</sup> Art. 48 familiewet van het voormalige Joegoslavië; art. 50 familiewet Servië; art. 21 familiewet Montenegro, art. 15 Albanese familiewet en art. 8 Indonesische familiewet.

<sup>234</sup> We maakten voorbehoud voor het erfrecht met o.m. de assepoesterclausule en voor het omgangsrecht.

<sup>235</sup> We staan niet nader stil bij specifieke pleegvormen zoals o.m. de Fa'a'amu en de kinderschenking in Frans Polynesië (hierover: M.-N. CHARLES, "De la famille Fa'a'amu en Polynésie française à la nécessité d'un statut de la famille nourricière", in J. POUSSON-PETIT(ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 1997, 73-102) en de kinderschenking naar Afrikaanse traditie (D. GIBIRILA, "Le don d'enfants en société traditionnelle africaine", in J. POUSSON-PETIT (ed.), o.c., 103-125).

hebben. Het betreft het huwelijksbeletsel tussen een man en het kind (en hun beider bloedverwanten) t.a.v. wie de man is veroordeeld tot de betaling van een uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding. Tussen beiden bestaat slechts een huwelijksbeletsel, de onmogelijkheid van de vader om een kind te erkennen dat tussen beiden is verwekt<sup>236</sup> en een onderhoudsvordering ten behoeve van het kind ten laste van de 'vader'.

**126.** Er lijkt ons dan ook geen bezwaar te rijzen tegen een algemene toepassing van een buitenlands huwelijksbeletsel tussen pleegouder en pleegkind. In de lijn van het beletsel naar Belgisch recht tussen aanverwanten in de rechte lijn, dat een niet-dispenseerbare nietigheidsgrond is, menen we dat het beletsel tussen pleegouder en pleegkind eveneens als nietigheidsgrond kan worden toegepast. Het is denkbaar dat de Nederlandse ambtenaar en I.P.R.-rechter anders oordelen, aangezien zij o.m. het aanverwantschapsbeletsel sinds twintig jaar niet meer in hun regeling hebben staan. Mogelijk heerst naar Nederlands recht inmiddels wél de opvatting dat een huwelijksbeletsel steeds betrekking heeft op een nauwe verwantschap die een sterke rol vervult in het geheel van het recht en worden huwelijksbeletselen die daaraan niet beantwoorden beschouwd als een onevenredige inbreuk op het beginsel van de huwelijksvrijheid<sup>237</sup>. Er is ons evenwel geen rechtspraak, noch rechtsleer bekend die deze vraag behandelt.

## D. BESLUIT

### D.1. BESLUIT IN HET LICHT VAN HET HUWELIJSRECHT

**127.** We kunnen besluiten dat o.i. geen van de genoemde verwantschapsbeletselen als dusdanig strijdig is met de B.I.P.O.O.. Uit *favor*

<sup>236</sup> Verbod van bloedschennige afstamming: art. 321 B.W.: "De vader kan het kind niet erkennen wanneer uit die erkenning een huwelijksbeletsel zou blijken tussen hem en de moeder waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen". Zie ook art. 342-7 C.C., besproken in o.m. J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1999, 25.

<sup>237</sup> We willen terloops opmerken dat dit tevens onze opvatting is. Ligt een verwantschapsband aan de grondslag van een huwelijksbeletsel, dan beklemtoont de wetgever o.i. het maatschappelijk belang van deze band. Het is dan ook logisch dat er verdere rechtsbescherming aan wordt geboden. In dat opzicht menen we dat de Belgische familiewet ter zake behoorlijk consequent is opgevat. Enkel het aanverwantschapsbeletsel lijkt ons achterhaald. Het voorliggende wetsvoorstel (*cf. supra*) wijst er alvast op dat bepaalde volksvertegenwoordigers deze opvatting delen. Buitenlandse familiewetten die aan een pleegsituatie een huwelijksverbod verbinden, zonder die relatie verder de broodnodige bescherming te bieden, treden o.i. inconsequent op. Dit betekent evenwel niet dat we de consequente houding van de Belgische wetgever tevens inhoudelijk gerechtvaardigd vinden. We menen dat bepaalde relaties een sterkere juridische bescherming verdienen en hebben dat reeds aangegeven m.b.t. het pleeggezin (zie deel 2A). Een omgekeerde houding, m.n. een verwijzing naar het huwelijksbeletsel met de doelstelling om erop te wijzen dat ook de wetgever indirect te kennen geeft dat de genoemde relaties een centrale plaats verdienen binnen het familierecht, kan in dat opzicht een wenselijker resultaat opleveren. Mede daarom, maar tevens omdat het buitenlandse huwelijksbeletsel onze openbare orde niet schendt, menen we dat het aangewezen is om het buitenlandse huwelijksbeletsel bij huwelijksluiting in België te blijven toepassen.

*matrimonii* hebben we evenwel meermaals, behoudens wat betreft het huwelijksbeletsel tussen pleegouder en pleegkind, voorgesteld om ze slechts toe te passen als verbiedend beletsel. Dit voorstel strookt met de opvatting van meerdere auteurs dat aan vreemdelingen een ruimere keuzevrijheid kan worden gelaten m.b.t. het recht dat toegepast wordt op hun huwelijksrelatie, waarbij ze desgevallend het risico op een hinkende rechtspositie aanvaarden. Bepaalde I.P.R.-codexen hanteren dit beginsel reeds expliciet<sup>238</sup>.

**128.** We beperkten ons vooralsnog tot een abstracte evaluatie van de beletselen en besloten daarbij overwegend tot een abstract voorstel om ze te kwalificeren als verbiedende negatieve grondvereiste. Ons voorstel dient *in concreto*, na toespitsing op de concrete familiale situatie van een vreemdeling met verblijf in België, evenwel te worden genuanceerd met het oog op voldoende juridische eenheid binnen de personele staat van eenzelfde persoon.

Mits een strenger buitenlands verwantschapsbeletsel betrekking heeft op een verwantschapsvorm die binnen het verwantschapsrecht van de betreffende rechtsorde geen bescherming geniet (bv. de melkverwantschap, de stiefouderrelatie in bepaalde rechtstakken), menen we dat een kwalificatie als verbiedend beletsel is aangewezen bij optie van de vreemdeling zonder stabiele verblijfspositie om zijn *lex patriae* voort toegepast te zien op zijn personeel statuut (zolang zijn verblijf niet stabiel is). Aangezien de familieband buiten het huwelijksrecht juridisch van geen directe<sup>239</sup> betekenis is, brengt een (vrijwillige) afwijking van het globale aanknopingsvoorstel (dat in dergelijk geval in beginsel een volledige toepassing van de buitenlandse wet voorstaat) de genoemde juridische eenheid niet in gevaar.

Een huwelijksbeletsel dat daarentegen is ingebed in het geheel van het familierecht, aangezien tussen de betrokkenen een sterke juridische verwantschapsband bestaat, kan bij huwelijksluiting *in België* wél best worden toegepast zoals de *lex patriae* het bepaalt, zulks alvast zolang de vreemdeling die voor een voortgezette aanknoping bij zijn *lex patriae* heeft geopteerd, nog geen stabiele verblijfspositie in België geniet.

Is het huwelijk *in het buitenland* aangegaan in overtreding van het beletsel, dan menen we echter dat het wél kan worden erkend. Aangezien het huwelijk geldig wordt bevonden in de Staat waar het huwelijk is aangegaan, is de internationale beslissingsharmonie hoedanook al verstoord. De doelstelling om gerealiseerde feiten te beschermen, primeert in dat geval.

## D.2. BESLUIT IN HET LICHT VAN HET VERBLIJFSRECHT

**129.** Het Belgische recht geeft zelf op meerdere punten aan dat een huwelijksbeletsel niet noodzakelijk gepaard moet gaan met een ruime juridische

<sup>238</sup> Zie bv. de Nederlandse regeling m.b.t. huwelijk en adoptie door homoseksuelen. Hierover meer: cf. *infra*, hoofdstuk 5 (impliciete vereisten), randnr. 31.

<sup>239</sup> Via de werking van art. 8 E.V.R.M. geniet daarentegen elk feitelijk gezinsleven bescherming.

bescherming van de verwantschapsband die eraan ten grondslag ligt.

Er is vanzelfsprekend wél altijd sprake van een onderlinge verwantschapsband, zoals de benaming van het beletsel aangeeft, evenals de plaats waarop het beletsel in de familiewet is opgenomen, m.n. tussen of net na de opsomming van beletselen die steunen op juridische verwantschap.

Naar Belgisch recht lijken alle betreffende beletselen op een juridische verwantschapsband te steunen. Vermoedelijk om die reden geldt het huwelijksbeletsel naar Belgisch recht tussen stiefouder en stiefkind enkel als er een huwelijk bestaat tussen de stiefouder en de oorspronkelijke ouder van het kind en beiden aanverwanten zijn.

**130.** Het interne recht van de Staten die een huwelijksbeletsel instellen tussen stiefouder en stiefkind, pleegouder en pleegkind, melkouder en melkkind, doopmeter en doopkind, spirituele ouder en spiritueel kind (en eventueel familieleden van beiden) beschouwt de betrokkenen vermoedelijk eveneens als aanverwanten, dit binnen een ruimer gezinsconcept.

**131.** De vaststelling dat deze aanverwanten *sensu lato* in toepassing van hun eigen *lex patriae* zelden<sup>240</sup> een sterke, laat staan een volwaardige bescherming van hun gezinsleven genieten, laat de Belgische rechter en vreemdelingenadministratie toe om zich bij de toepassing van het familierechtelijke I.P.R. en het gezinsherenigingsrecht terughoudend op te stellen. De toepassing van het buitenlandse huwelijksbeletsel vergt geen volwaardige rechtsbescherming van de familieband die eraan ten grondslag ligt, aangezien dergelijke bescherming de betrokkenen ook niet naar intern recht geboden wordt.

**132.** Bepaalde rechtsordes hanteren m.a.w. een discrepantie tussen het gezinsconcept van het huwelijksrecht en dat van het afstammingsrecht. Bijgevolg zijn discrepanties tussen de wijze waarop ons I.P.R. met de betreffende verwantschapsbanden omgaat in het huwelijksrecht enerzijds en in het afstammingsrecht en gezinsherenigingsrecht anderzijds te verantwoorden. Dergelijke aanpak getuigt niet noodzakelijk van onvoldoende respect voor buitenlandse rechtsstelsels. De discrepanties kennen een externe oorsprong en steunen niet op inconsequent gedrag van de Belgische administratie of rechterlijke macht. De mate waarin deze verwantschapsvormen een aanspraak kunnen geven op gezinshereniging in België wordt dan ook uitsluitend bepaald door hun beoordeling in het licht van art. 8 E.V.R.M., *i.e.* door de mate waarin sprake is van effectief feitelijk gezinsleven en onder de vooralsnog beperkende werking van de *elsewhere approach*.

---

<sup>240</sup> De *kafala* kan hier mogelijk een uitzondering op vormen.





## HOOFDSTUK 4. DE VEREISTE DAT ER GEEN ANDERE WETTELIJKE BELETSELEN RIJZEN: BUITENLANDSE HUWELIJKSBELETSELEN DIE ONBEKEND ZIJN NAAR BELGISCH RECHT

*"In an age where many restrictions on marriage originally imposed for religious, eugenic or racial reasons have been abandoned, where 'serial marriage' is common and where many young people choose not to marry at all, it is difficult to maintain that any State has an interest in the conditions in which marriages are contracted by its citizens beyond the minimal standards of age, freedom of consent and incest. Since marriage under most legal systems still provides the greater protection, especially to women and children, it is better to facilitate marriage, rather than to seek to restrict it"*<sup>1</sup>

### A. INLEIDING

1. Meerdere rechtsstelsels hanteren nog een aantal huwelijksbeletselen die naar Belgisch recht niet of niet langer gelden. Hieronder zetten we de meest voorkomende buitenlandse beletselen die geen equivalent hebben naar Belgisch recht<sup>2</sup> op een rijtje<sup>3</sup>. We gaan na op welke wijze de Belgische rechter ermee omgaat en welke beginselen aan die aanpak ten grondslag liggen<sup>4</sup>.

2. Onze onbekendheid met de betreffende beletselen houdt vaak verband met de vaststelling dat zich voor ons bepaalde nieuwe rechtsvragen stellen, bv. die naar de kwalificatie van de bruidsprijs<sup>5</sup>. "De categorieën 'grondvoorwaarden voor het huwelijk', (...) zijn (in het I.P.R.) anders, ruimer dan in het materieel-interne recht. Terwijl de 'kern' van de door deze verwijzingscategorieën omvatte rechtsvragen uit het materieel-interne recht wordt gehaald, worden geleidelijk ook vreemde rechtsvragen in deze categorieën gekwalificeerd"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> P. NYGH, "The Hague Marriage Convention – a sleeping beauty?", in A. BORRAS en A. DROZ (eds), *E pluribus unum: on the progressive unification of private international law. Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, Den Haag, Nijhoff, 1996, 257.

<sup>2</sup> Equivalente beletselen en vereisten, zoals de verwantschapsbeletselen en de toestemmingsvereiste, kwamen hierboven reeds aan bod: hoofdstukken 2 en 3.

<sup>3</sup> Beletselen die wél gelijkenis vertonen met beletselen naar Belgisch recht bespraken we voorheen reeds. Het betreft o.m. de verwantschapsbeletselen (in dat kader bespraken we ook het ons onbekende beletsel van de melkverwantschap), het beletsel van de polygamie en het beletsel om te huwen met een persoon van hetzelfde geslacht.

<sup>4</sup> J. MEEUSEN (1997), 181, noemt de wijze waarop ons I.P.R. omgaat met buitenlandse huwelijksbeletselen het meest interessante studiedomein binnen het huwelijksrecht, meer nog dan bv. polygamie waarvoor immers een internrechtelijke regeling (art. 147 B.W.) bestaat.

<sup>5</sup> De bruidsprijs is één van de vormen die een bruidsgift kan aannemen. Bruidsgift is de term die zowel de bruidsprijs (betaling van man aan vrouw) als de bruidsschat (betaling van vrouw aan man) omvat.

<sup>6</sup> J. MEEUSEN (1997), 182, met verwijzing naar H. BATIFFOL, "Actualité des intérêts du droit international privé", in K. ZWIEGERT, *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1981, 27; H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), 486; J. KROPHOLLER (1997), 108; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 62.

Bij een confrontatie met onbekende rechtsvragen gaat een voorbereidende fase vooraf aan de kwalificatie-oefening. In die fase wordt het buitenlandse recht aan een studie onderworpen opdat a.h.v. de gegevens die daaruit voortvloeien zou kunnen worden bepaald of de betreffende huwelijksvereisten al dan niet grondvoorwaarden zijn<sup>7</sup>. Na de tweede fase van de kwalificatie wordt het buitenlandse beletsel beoordeeld. In deze derde fase kan opnieuw een beroep worden gedaan op de bevindingen van het onderzoek in de eerste verkennende fase. Er wordt immers nagegaan of en in hoeverre de inhoud van het buitenlandse beletsel verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel en met onze openbare-orde-notie.

3. In deze derde fase, bij de eigenlijke beoordeling van het buitenlandse beletsel, wordt geen onderscheid gemaakt naargelang de bepaling die wordt getoetst al dan niet behoort tot een rechtsorde die deel uitmaakt van de E.U. Op alle bepalingen is hetzelfde discriminatieverbod van toepassing. Er is geen bepaling van EU-recht die dat verbod strikter zou omschrijven t.a.v. de behandeling van EU-onderdanen binnen het I.P.R.

Het discriminatieverbod van art. 12 E.G.-Verdrag heeft immers geen betrekking op de verschillende behandeling tussen Unieburgers die voortvloeit uit verschillen in de nationale wetgeving van de Lidstaten en uit de gevolgen van een nationaliteitsaanknoping in het I.P.R.<sup>8</sup> Art. 12 E.G.-verdrag verbiedt louter discriminatie die volgt uit de toepassing van rechtsregels die behoren tot de rechtsorde van één enkele Lidstaat<sup>9</sup>. Ook de verschillende houding van Lidstaten aangaande de ratificatie van verdragen en de gevolgen van een al dan niet opteren voor ratificatie kan op zich geen grond vormen om te besluiten tot discriminatie van bepaalde Unieburgers. Een oordeel in tegengestelde zin zou inbreuk maken op de soevereiniteit van de Lidstaten om te bepalen welke verdragen ze ratificeren<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Hierover o.m. J. MEEUSEN (1997), 183; H. BATIFFOL (1956), 32-33.

<sup>8</sup> O.m. H.v.J. 14 juli 1994, nr. C-379/92, Strafzaak t. P. Peralta, *Jur. H.v.J.* 1994, I-3453, § 48. *In casu* werd geoordeeld dat de nationale wetgeving niet in strijd was met het gelijkheidsbeginsel om de enkele reden dat andere Lidstaten minder strenge bepalingen zouden toepassen. Hierover uitgebreid: M. FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *Rec. des Cours* 1995, nr. 253, 123; G. FISCHER, "Gemeinschaftsrecht und das Kollisionsrechtliche Staatsangehörigkeitsprinzip", in C. VON BAR (ed.), *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht. Tagung des Instituts für internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 6. und 7. April 1990 in Osnabrück*, Köln, Carl Heymans Verlag KG, 1991, 161; P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the law of the European Communities*, London, Kluwer law international, 1998, 171; M. TRAEST, *De verhouding van de Europese Gemeenschap tot de Conferentie van Den Haag voor het Internationaal Privaatrecht. Een vergelijkende analyse van hun wederzijdse beïnvloeding, interferentie en hun bijdrager tot de integratie van het internationaal privaatrecht*, Gent, R.U. Gent, 2002, 437.

<sup>9</sup> Zie ook H.v.J. 25 januari 1983, D.J. Smit Transport BV t. Commissie Grensoverschrijdend Beroepsgoederenvervoer, nr 126/82, *Jur. H.v.J.* 1983, 73.

<sup>10</sup> M. TRAEST, (2002), 438.

4. Ook verbiedt het gemeenschapsrecht niet om bij de beoordeling van het personeel statuut van een Unieburger af te wijken van de gewoonlijke toepassing van zijn nationale familiewet. Het is daarbij van geen belang of dergelijke afwijking gebeurt om principiële redenen, bv. in het licht van de openbare orde, of louter op grond van de nauwe band die de concrete situatie vertoont met de rechtsorde van het *forum*<sup>11</sup>. Ondanks de ruime verwezenlijkingen inzake Europese integratie blijkt de vrije-markt-theorie vooralsnog niet dermate sterk te spelen dat de Lidstaten voortaan verplicht zouden zijn om zonder meer het recht van een andere Lidstaat toe te passen<sup>12</sup>. Niettemin gaan steeds meer stemmen op om een beroep op de openbare-orde-exceptie zo beperkt mogelijk te houden wanneer de beoordeling voorligt van een rechtsregel van een andere Lidstaat<sup>13</sup>. Zolang het gemeenschapsrecht hier niet toe verplicht en vooral zolang Lidstaten onaanvaardbare beletselen hanteren<sup>14</sup>, menen we evenwel dat alle buitenlandse wetgeving aan een even diepgaand onderzoek kan worden onderworpen, ongeacht of het wetgeving van een EU-Lidstaat of van een derde land betreft.

5. Ook doet zich geen omgekeerd effect voor, m.n. dat t.g.v. de uitbouw van een Europese openbare orde o.i.v. Europese wetgeving en rechtspraak, wetgeving van een Lidstaat aan een strengere controle van het I.P.R. zou worden onderworpen. De Europese openbare orde zet zich hoofdzakelijk op positieve wijze door. Er rust vooralsnog geen plicht op de Lidstaten om hem eveneens negatieve werking te verlenen, m.n. door de exceptie van openbare orde in te roepen tegen strijdige bepalingen van andere Lidstaten<sup>15</sup>. In dat geval zou de Europese openbare orde zich overigens even sterk kunnen verzetten tegen regelgeving van derde landen. Hij heeft immers werking op het hele Europee grondgebied en op alle recht dat er wordt toegepast.

Wél kan uit de positieve doorzetting van de communautaire openbare orde volgen dat andere verdragsbepalingen en hun openbare-ordenoties verruimd

<sup>11</sup> M. TRAEST (2002), 439.

<sup>12</sup> M. TRAEST (2002), 519; M. FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *Rec. des Cours* 1995, 253. Zie ook o.m. de verwijzingen naar de mogelijke opwerping van een exceptie van openbare orde in art. 15, eerste lid Brussel II-verord. en art. 34, eerste lid EEX-verord.

<sup>13</sup> M. TRAEST (2002), 521, tevens met verwijzing naar het Franse voorstel tot nieuwe verordening inzake omgangsrecht en het voorstel daarin om een beroep op de exceptie definitief uit te sluiten.

<sup>14</sup> O.m. art. 1604b en 1605 Portugese familiewet stelt een rouwperiode in van 180 dagen voor de man en 300 dagen voor de vrouw. Art. 89 Italiaanse C.C. en art. 228 Luxemburgse C.C. leggen t.a.v. vrouwelijke onderdanen een wachttermijn van 300 dagen op; art. 228 en 261 Franse C.C. een wachttermijn van 10 maand. Het Ierse en het Engelse recht (Sectie 12 Matrimonial Causes Act 1973) passen tot op vandaag het beletsel van de impotentie toe. Geslachtsziekten en/of andere besmettelijke ziekten vormen eveneens een beletsel naar Engels recht. Een verbod om te huwen met de moordenaar van zijn vorige echtgenoot geldt t.a.v. Spaanse (art. 47 C.C.) en Portugese onderdanen. § 5a Noorse wet nr. 47 van 4 juli 1991 betreffende het huwelijk verbiedt dat in Noorwegen een huwelijk wordt aangegaan met een illegale verblijfhouder. Cf. *infra* voor een bespreking.

<sup>15</sup> M. FALLON, *l.c.*, 256.

worden, zo bv. de Haagse verdragen<sup>16</sup>. Dit kan in de toekomst – we wijzen op de demarches van de E.U. op het vlak van familierecht – leiden tot duidelijker stellingnames op internationaal niveau<sup>17</sup>. Dit effect zal zich evenwel slechts op lange termijn doorzetten. We staan er dan ook niet nader bij stil.

6. Na een bespreking van enkele eigenlijke beletselen verwijzen we naar enkele criteria die eveneens geldigheidsvereisten voor het huwelijk zijn in bepaalde rechtsstelsels, maar die bezwaarlijk 'beletselen' kunnen worden genoemd, aangezien hun vervulling pas na de huwelijkssluiting wordt en kan worden beoordeeld. We denken o.m. aan de voorwaarde van de bruidsprijs en ons bekende voorwaarden, zoals de vereiste dat het huwelijk geslachtelijk wordt voltrokken en dat de partners samenwonen. We noemen deze grondvereisten 'oneigenlijke beletselen'.

7. Vooreerst gaan we na in hoeverre verdragsbepalingen en Belgische internrechtelijke bepalingen zich inlaten met deze huwelijksbeletselen. Welke beginselen of verdragsbepalingen werken internrechtelijk op de materie in, ook in internationaalprivaatrechtelijk verband<sup>18</sup>?

## **B. CRITERIA NAAR BELGISCH RECHT EN VERDRAGSRECHT VOOR DE BEOORDELING VAN HUWELIJKSBELETSELEN**

8. We stonden voorheen<sup>19</sup>, bij de bespreking van de verwantschapsbeletselen, reeds stil bij de centrale rol van de huwelijksvrijheid voor de beoordeling van buitenlandse huwelijksbeletselen. We beperkten ons toen tot de vaststelling dat art. 12 E.V.R.M. rechtstreekse werking in de interne rechtsorde heeft en rechtstreeks kan worden ingeroepen door elke rechtsonderhorige, ongeacht of hij Belg of vreemdeling is. In deze titel gaan we nader in op internrechtelijke en andere verdragsrechtelijke bepalingen die eveneens de bakens uitzetten voor een invulling van het beginsel van de huwelijksvrijheid.

### **B.1. GEEN EXPLICIETE BEOORDELINGSCRITERIA NAAR BELGISCH RECHT**

9. Naar Belgisch intern recht wordt de huwelijksvrijheid niet grondwettelijk beschermd. Artikel 21, tweede lid G.W., het enige grondwetsartikel dat expliciet verwijst naar het huwelijk, stelt niet meer dan dat een kerkelijke huwelijksinzegening moet worden voorafgegaan door een burgerlijke

---

<sup>16</sup> M. TRAEST (2002), 520.

<sup>17</sup> Daarbij zullen andere Verdragsstaten zich moeten realiseren dat ze er belang bij hebben om de mogelijke doorwerking van het EU-recht in een internationaal akkoord na te gaan, willen ze de concrete gevolgen van een bepaald verdrag goed inschatten.

<sup>18</sup> We gaven voorheen reeds aan dat Verdragsbepalingen met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde kunnen worden inroepen m.b.t. rechtsregels van een buitenlandse rechtsorde die geen partij is bij het Verdrag: cf. *supra*, deel 2A, randnrs 72 en 88 en meer in het bijzonder: deel 3A, hoofdstuk 3, randnrs 79 e.v.

<sup>19</sup> Deel 3A, hoofdstuk 3, randnrs 78 e.v.

huwelijkssluiting. Evenmin kan in art. 12 G.W., dat de vrijheid van de persoon waarborgt, of art. 22 G.W., dat de eerbiediging van het privé- en gezinsleven beschermt, een gewaarborgde vrijheid om te huwen worden gelezen.

## **B.2. BEOORDELINGSCRITERIA NAAR VERDRAGSRECHT: HET E.V.R.M., HET I.V.B.P.R., DE HUWELIJKSVERDRAGEN VAN 1902, 1964 EN 1978, HET VROUWENVERDRAG, DE EUROPESE VERORDENING EN BILATERALE VERDRAGEN**

10. Meerdere verdragen laten zich daarentegen wél in met een oordeel over de wijze waarop de Verdragsstaten moeten omgaan met beperkingen op het recht om te huwen.

### **B.2.A. HET E.V.R.M.**

11. Art. 12 E.V.R.M. beschermt evenals de Universele Mensenrechtenverklaring en het I.V.B.P.R. de vrijheid om te huwen. Deze vrijheid is evenwel niet onbegrensd. Enerzijds beperken andere mensenrechtenbepalingen het grondrecht, denken we aan het verbod van kinderhuwelijken<sup>20</sup> en de koppeling van vormvoorwaarden aan het huwelijk door het V.N.-verdrag van 1962 over de huwelijkstoestemming. Anderzijds genieten de Verdragsstaten een ruime vrijheid om de materie te regelen, evenals een ruime beoordelingsmarge achteraf<sup>21</sup>. Niettemin legden bepaalde Staten hun soevereiniteit in dit verband vrijwillig aan banden en onthouden ze zich van onnodige beperkingen<sup>22</sup>.

12. Art. 12 E.V.R.M. lijkt met de vermelding 'volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen' uit te sluiten dat het grondrecht om te huwen in de onderhavige materie wordt ingeroepen. De Verdragsstaten bepalen zelf in ruime mate hoe ze het recht om te huwen regelen. Niettemin kunnen twee controles worden doorgevoerd: de beperkingen op het recht om te huwen mogen niet discriminatoir zijn en ze mogen het recht om te huwen en een gezin te stichten niet volledig uithollen<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Art. 16 Vrouwenverdrag; art. 2 V.N.-verdrag van 10 december 1962 inzake de huwelijkstoestemming, de minimumleeftijd waarop een huwelijk mag worden aangegaan en de registratie van huwelijken.

<sup>21</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 13.

<sup>22</sup> Zie bv. art. 54 Zwitserse grondwet van 18 april 1999, die geen beperkingen toelaat wanneer die louter zijn gegrond op persoonlijke of politieke redenen. Art. 44 Spaans B.W. en art. 14 en 32 Spaanse G.W. beschermen de huwelijksvrijheid zonder daarbij te verwijzen naar de beperkingen die het burgerlijk recht stelt. De bescherming van huwelijk en gezin door art. 6 Duitse grondwet wordt door het Duitse grondwettelijke Hof in ruime zin tevens geïnterpreteerd als een bescherming van de huwelijksvrijheid: BVerfG 14 november 1973, *FamRZ* 1974, 122, 126; BVerfG 4 mei 1971, *NJW* 1971, 1509. De Duitse Staat mag terzake geen onnodige beperkingen opleggen: BVerfG 14 november 1973. In dezelfde zin gaf Amerikaanse rechtspraak aan dat een beperking slechts door het algemeen belang mag zijn ingegeven: zaak Zablocki vs. Redhail, 434 U.S. 374 (1978), *aangeh. door* D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 14.

<sup>23</sup> O.m. Hof Mensenrechten 13 december 1979, arrest-Hamer, *D&R* 1981, 14; Hof Mensenrechten, arrest-Goodwin t. V.K., Grote kamer, 11 juli 2002, nr. 28957/92; Hof Mensenrechten 11 juli 2002, arrest-I. t. V.K., nr. 25680/94, *onuitg., internet*.

13. De rol van het nationale recht bestaat er volgens het Hof voor de Mensenrechten voornamelijk in om de *uitoefening* van het recht om te huwen te regelen<sup>24</sup>. De nadruk ligt op de modaliteiten van die uitoefening, en niet op de omschrijving *in se* van het recht. Op die grond heeft het Hof vooralsnog slechts beperkingen door het interne recht of het I.P.R.<sup>25</sup> op de huwelijksvrijheid aanvaard die “(are) so firmly anchored in the national legal order of most of the Contracting States that the Convention has not intended to change this”<sup>26</sup>. Op grond van dit criterium zullen we verderop het belang van de Staat bij het voorkomen van instabiele gezinssituaties beoordelen en de geoorloofdheid in dat licht van wachttermijnen om (opnieuw) te huwen of van een verbod voor overspeligen om met elkaar te huwen (al dan niet na partnermoord) of van een controle op nationaliteits- of religiegemengde huwelijken. Ook het belang in het licht van de openbare orde van o.m. een huwelijksverbod voor gedetineerden en in het licht van de nationale gezondheid van een huwelijksverbod voor besmettelijk zieken wordt geëvalueerd.

14. Tenzij een beperking diep is verankerd in het functioneren van de rechtsorde, is een huwelijksbeletsel slechts toelaatbaar als het in rechtstreeks verband staat met de uitoefening van het recht om te huwen en bv. steunt op handelingsonbekwaamheid wegens een jonge leeftijd of na gerechtelijke vaststelling van de onmogelijkheid om zijn wil te uiten. Beperkingen die de vrije toestemming niet onmogelijk maken, zoals een huwelijksverbod wegens licht zwakke mentale gezondheid, een zwakke gezondheidssituatie of financiële problemen, begaan een inbreuk op de kern van het recht om te huwen<sup>27</sup>.

15. In samenhang met art. 14 E.V.R.M. kan mogelijk tevens tot een discriminatoire inbreuk op het recht om te huwen worden besloten<sup>28</sup>. In samenhang met art. 3 E.V.R.M. kan worden besloten tot een mensonterende inbreuk op het recht om te huwen. Deze laatste kwalificatie wordt evenwel niet eenvoudig verleend. In 1974 werd ze door het E.C.R.M. geweigerd m.b.t. het Engelse huwelijksverbod voor gedetineerden<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> O.m. Hof Mensenrechten, arrest-Hamer; E.C.R.M., 10 juli 1980, zaak-Draper, *D&R* 1981, 78; E.C.R.M., zaak-Van Oosterwijck, 1 maart 1979, B.36, 1983, 27: maatregelen die de uitoefening van het recht beïnvloeden, mogen geen inbreuk plegen op de kern, de grondslag van het recht.

<sup>25</sup> Art. 12 E.V.R.M. heeft ook betrekking op het I.P.R.: E.C.R.M. 9057/80, zaak-X. t./ Zwitserland, *D&R* 1982, 208.

<sup>26</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, *Serie A*, nr. 112, 18. *In casu* m.b.t. de onmogelijkheid om uit de echt te scheiden. De verzoeker had ingeroepen dat die onmogelijkheid een inbreuk vormde op het recht om te huwen. Het Hof antwoordde dat dat niet zo was: er was een huwelijk, en de samenleving houdt vast aan monogamie. G.J.H. VAN DIJK en P. VAN HOOFF (1998), 610, werpen tegen dat een recht om uit de echt te scheiden net zou voorkomen dat gevallen van feitelijke polygamie zouden ontstaan. Dergelijk recht zou m.a.w. het principe nog beter dienen: noch naar recht, noch naar de feiten zou nog een toevlucht worden genomen tot bigamie.

<sup>27</sup> G.J.H. VAN DIJK en P. VAN HOOFF (1998), 604.

<sup>28</sup> Hof Mensenrechten, arrest-F t./ Zwitserland.

<sup>29</sup> E.C.R.M., nr. 6564/74, zaak-X. t./ V.K., *D&R* 1975, 105.

**B.2.B. HET I.V.B.P.R.**

16. Het Comité van de General Assembly heeft bij de opstelling van art. 23(2) I.V.B.P.R. expliciet gesteld dat "algemeen aanvaarde"<sup>30</sup> beperkingen door nationaal recht op het recht om te huwen verenigbaar zouden worden bevonden met de bepaling. Het artikel werd unaniem aangenomen, ook al lijkt een letterlijke lezing ervan, i.t.t. o.m. art. 12 E.V.R.M., beperkingen bij wet op het recht niet toe te laten<sup>31</sup>. Enkel België gaf in een interpretatieve verklaring te kennen dat het deze interpretatie niet zou volgen<sup>32</sup>.

Het Verdrag biedt bijgevolg geen bescherming tegen buitenlandse huwelijksbeletselen die een inbreuk vormen op het recht om te huwen, zolang deze ruim voorkomen.

**B.2.c. DE OVEREENKOMST VAN 10 JULI 1964 STREKKENDE TOT HET VERGEMAKKELIJKEN VAN HUWELIJKSSLUITING IN HET BUITENLAND**

17. Art. 1 van de Overeenkomst strekkende tot het vergemakkelijken van huwelijksluiting in het buitenland<sup>33</sup> bepaalt: "indien het huwelijk van een onderdaan van een der Overeenkomstsluitende Staten wordt gesloten op het grondgebied van een der andere Overeenkomstsluitende Staten en deze onderdaan daar zijn gewone verblijfplaats heeft, kunnen de bevoegde autoriteiten van het land van huwelijksluiting aan deze toekomstige echtgenoot in de gevallen en onder de voorwaarden welke in zijn personele wet zijn voorzien, ontheffing verlenen van de in die wet neergelegde huwelijksverboden". De bevoegde<sup>34</sup> autoriteiten van de Staat van huwelijksluiting kunnen met andere woorden dispensatie van een huwelijksbeletsel verlenen wanneer die dispensatie in de toepasselijke buitenlandse wet wordt voorzien<sup>35</sup>.

Hiermee wordt weliswaar niet uitgesloten dat een bevoegde autoriteit van de huwelijksluitende Staat tevens afwijkingen toelaat van huwelijksbeletselen die naar het personele recht van één van de huwelijkskandidaten absoluut zijn. Niettemin menen we dat in de aangehaalde bepaling impliciet de bereidheid

<sup>30</sup> M. NOWAK, o.c., 410, verduidelijkt dat het gaat om de nauwste verwantschapsbeletselen en het verbod van bigamie. Andere beletselen zijn volgens NOWAK onaanvaardbaar.

<sup>31</sup> A/C.3/SR.1095, § 59, aangeh. in M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl/Straatsburg/Arlington, N.P. ENGEL, 1993, 410. Zie ook p. 409, noot 43, voor auteurs met opvattingen in dezelfde of in tegengestelde zin. Hierover ook M. BOSSUYT, *Guide to the 'Travaux Préparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, 1987, 451.

<sup>32</sup> CCPR/C/2 Rev. 3, opgenomen in Appendix bij Verdrag, weergeg. in M. NOWAK, o.c., 752.

<sup>33</sup> C.I.E.C.-Overeenkomst van 10 september 1964, weergeg. in J. ERAUW, *Bronnen van internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, nr. 93.

<sup>34</sup> Desgevallend via een *ad hoc*-bevoegdheidsverklaring: cf. *supra*, de adaptatietechniek (deel 2B, randnrs 201 e.v.).

<sup>35</sup> Ook al is België niet door het Verdrag gebonden, uit veeltallige rechtspraak blijkt dat dit beginsel ook in België zo goed als algemeen wordt toegepast. Uit onze contacten met enkele ambtenaren van de burgerlijke stand blijkt evenwel dat bepaalde ambtenaren van de vreemdeling verwachten dat hij de nodige dispensatie in zijn land van herkomst heeft bekomen.

vervat zit om de huwelijksbeletselen van een andere Verdragsstaat toe te passen op diens onderdanen, zoals dat in die Staat zelf gebeurt, ook al verblijven de betreffende personen gewoonlijk in de huwelijkssluitende Staat. Deze bereidheid blijkt o.i. tevens uit de verwonderende afwezigheid van een openbare orde-clausule. De internationaalprivaatrechtelijke openbare-orde laat evenwel door zijn aard steeds een opwerping van de exceptie toe, ongeacht of daar al dan niet expliciet in is voorzien.

18. België heeft het Verdrag van 1964 slechts ondertekend, niet geratificeerd. Gezien de beperkte werkingssfeer van het Verdrag –Duitsland, Griekenland, Nederland, Spanje en Turkije – kunnen we er bezwaarlijk een Europese consensus uit afleiden om elkaars huwelijksbeletselen toe te passen. Wél wekt het Verdrag alvast de indruk dat Griekenland, Nederland en Turkije<sup>36</sup> in beginsel bereid zijn om Spaanse en Duitse onderdanen toe te laten hun huwelijk nietigverklaard te zien op grond van dwaling omtrent de erfelijke of besmettelijke ziekte van hun partner. Duitsland, Nederland en Turkije blijken bereid te zijn om het Spaanse beletsel toe te passen dat het huwelijk verbiedt met een persoon die zijn vorige echtgenoot om het leven heeft gebracht. Nederland<sup>37</sup>, Griekenland en Spanje lijken geen bezwaar te hebben tegen een toepassing van de wachttermijn van 300 dagen naar Turks recht, die onderdanen belet om eerder reeds een tweede of later opvolgend huwelijk aan te gaan. Tot 1998 gold t.a.v. Duitse vrouwen een wachttermijn van zes maanden. Naar Grieks en Spaans recht gold tot in de loop van de jaren 1980 een burgerlijk absoluut huwelijksverbod voor priesters. Ten tijde van de sluiting van het Verdrag gold in Duitsland, Nederland, Spanje en voor Grieks-orthodoxen een verbod om te huwen met de persoon met wie men overspel had gepleegd. Naar Nederlands recht kon men tot 1983 geen derde consecutief huwelijk aangaan. Tot 1982 gold in Griekenland eenzelfde beletsel voor een persoon die reeds vier maal gehuwd was geweest en een religieus huwelijksbeletsel. Het Verdrag wekt de indruk dat de andere Verdragsstaten ook geen graten zagen in een toepassing van genoemde discriminatoire beletselen op onderdanen van het betrokken land.

19. Deze indruk beantwoordt evenwel niet steeds aan de realiteit. Gepubliceerde rechtspraak wijst uit dat in Nederland alvast de Turkse wachttermijn meermaals buiten toepassing werd gelaten<sup>38</sup>.

We menen dat meerdere van de hierboven genoemde huwelijksbeletselen inderdaad moeten worden gekwalificeerd als een inbreuk op de huwelijksvrijheid. We gaan hier later nader op in.

<sup>36</sup> De Griekse huwelijkswet kent dit beletsel niet. Naar Turks recht is het een verbiedend beletsel: BERGMANN en FERID, o.c.

<sup>37</sup> Nederland stelt weliswaar zelf nog een wachttermijn van 306 dagen in voor zwangere vrouwen en hanteerde voorheen lange tijd een algemene wachttermijn.

<sup>38</sup> Cf. *infra*, randnr. 58.



## B.2.D. HET HAAGSE VERDRAG VAN 12 JUNI 1902 TOT REGELING VAN STRIDIGHEID IN WETTEN INZAKE HUWELIJK

20. Ook het Haagse Verdrag van 12 juni 1902 tot regeling van strijdigheid in wetten inzake huwelijk<sup>39</sup> bevat richtlijnen inzake de omgang met huwelijksbeletselen die zijn ingesteld door hetzij het nationale recht van de huwelijkskandidaten<sup>40</sup>, hetzij het recht van de Staat van huwelijksvoltrekking. Huwelijksbeletselen van de *lex patriae* worden systematisch toegepast<sup>41</sup>. Een voorbehoud lijkt slechts te kunnen worden gemaakt voor religieuze beletselen<sup>42</sup>. Artikel 2 van het Verdrag bepaalt dat de wet van de Staat van huwelijksvoltrekking de huwelijksluiting van vreemdelingen tevens kan verbieden wanneer de partners zich voorheen schuldig hebben gemaakt aan overspel, of wanneer zij met onderling overleg een aanslag hebben gepleegd op de vorige echtgenoot van één van hen. Voorwaarde daarbij is evenwel dat de genoemde beletselen ook gelden voor de onderdanen van de Staat van huwelijksluiting. Discriminatoire beletselen worden hiermee afgezworen in hoofde van de huwelijksvoltrekkende Staat, althans voor zover ze steunen op een verschil in nationaliteit.

De opsomming van huwelijksbeletselen die in aanmerking komen voor een kwalificatie als beletsel van openbare orde is limitatief en bevat voorts nog slechts verwantschapsbeletselen<sup>43</sup>. Andere huwelijksbeletselen die figureren in het huwelijksrecht van de Staat waar de huwelijksluiting plaatsvindt, kunnen bijgevolg niet worden opgelegd aan vreemdelingen, tenzij het gaat om één van de twee beletselen die van het Verdrag een nog sterkere bescherming genieten dan de hogergenoemde: een religieus huwelijksbeletsel of een verbod om opnieuw te huwen na de ontbinding van een eerste huwelijk. We gaan hier zo dadelijk op in.

21. Eerst staan we nader stil bij het huwelijksverbod na overspel of na gezamenlijk beraamde aanslag op een vorige partner. Artikel 2 bepaalt dat de Staat van huwelijksvoltrekking zijn eigen beletselen ter zake niet kan toepassen als nietigheidsgrond. Eenmaal het huwelijk is voltrokken, ongeacht de plaats waar dat gebeurde, kan het slechts worden nietigverklaard in toepassing van het nationale recht van de betrokkenen. De Verdragsstaten kunnen van de beletselen die in hun rechtsorde beletselen van openbare orde zijn en niet figureren in de nationale wet van de huwelijkskandidaten, met andere woorden slechts *verbiedende* beletselen maken, en dan nog slechts voor zover de beletselen figureren in de opsomming van het Verdrag.

<sup>39</sup> B.S. 10 juli 1904.

<sup>40</sup> I.e. het toepasselijke recht, tenzij de nationale wet uitdrukkelijk naar een andere wet verwijst: art. 1 Verdrag; E. SCHWELB, "Marriage and Human Rights", A.J.C.L. 1963, 351.

<sup>41</sup> Art. 1 en 4 Verdrag.

<sup>42</sup> Art. 3 Verdrag. Cf. *infra*.

<sup>43</sup> Zie ook P. NYGH, "The Hague Marriage Convention – a sleeping beauty?", *l.c.*, 257.

**22.** Het Verdrag stelt, zoals we reeds aangaven, twee uitzonderingen op deze regel. Hanteert een Staat een religieus huwelijksbeletsel of een beletsel om opnieuw te huwen na een vorig huwelijk t.a.v. zijn eigen onderdanen, dan kan hij dat ook op vreemdelingen toepassen. In toepassing van één van deze beletselen kunnen de bevoegde instanties weigeren om een voorgenomen huwelijk te voltrekken en een in 'overtreding'<sup>44</sup> ervan aangegaan huwelijk nietig verklaren. Is dergelijk huwelijk evenwel consulaire gesloten, dan kan het beletsel niet worden toegepast<sup>45</sup>. Art. 6 bepaalt m.n. dat een consulaire huwelijk wordt erkend mits geen van de partijen onderdaan is van het land van huwelijksluiting en mits de *lex fori* zich er niet tegen verzet. Steunt dergelijk verzet evenwel op een religieus huwelijksbeletsel of op het feit dat één van de partners reeds een eerste huwelijk achter de rug heeft, dan moet het huwelijk niettemin worden erkend. Via de techniek van het consulaire huwelijk wordt vreemdelingen m.a.w. de kans gegeven om in hun Verblijfsstaat een huwelijk aan te gaan naar de normen van hun nationale recht, terwijl het voor onderdanen van de Verblijfsstaat onmogelijk is om in dezelfde omstandigheden te huwen. De betreffende beletselen worden wél op hen toegepast als de partners de huwelijksluitende autoriteiten van de Verblijfsstaat zelf aanspreken. Geen van de Verdragsstaten verbindt zich er m.n. toe om een huwelijk te voltrekken dat ingaat tegen nationale religieuze beletselen of tegen een desgevallend beletsel om na de ontbinding van een eerste huwelijk, een nieuw huwelijk aan te gaan.

**23.** De draagkracht van de huwelijksbeletselen van de huwelijksluitende Staat wordt dan weer ingeperkt door de regel dat de nietigheid van een huwelijk dat is aangegaan in strijd met één van de twee genoemde huwelijksbeletselen enkel in de rechtsorde van de huwelijksluitende Staat kan worden ingeroepen. Het beletsel is bijgevolg in die Staat wel meer dan een verbiedend beletsel, maar het wordt door de andere Verdragsstaten niet als een grondvoorwaarde van het huwelijk beschouwd. Er wordt m.a.w. niet afgestapt van de nationaliteitsaanknoping. Het Verdrag geeft slechts aan in hoeverre de Verdragsstaten hun internationaalprivaatrechtelijke openbare orde kunnen laten inspireren door de interne huwelijksbeletselen.

**24.** Omgekeerd kan de Staat van huwelijksvoltrekking weigeren om religieuze beletselen uit het nationale recht van de huwelijkskandidaten toe te passen<sup>46</sup>. De andere Staten behouden daarbij evenwel de vrijheid om het huwelijk, dat in "overtreding" van het religieuze verbod is gesloten, al dan niet te erkennen. Het Verdrag stelt het discriminatoire religieuze huwelijksbeletsel m.a.w. niet systematisch buiten werking.

M.b.t. andere beletselen is niets bepaald. Het lijkt erop dat de Staat van

---

<sup>44</sup> We zetten deze notie tussen aanhalingstekens omdat in beginsel de *lex loci celebrandi* de grondvoorwaarden voor het huwelijk niet bepaalt en in die zin ook niet overtreden kan worden door een vreemdeling.

<sup>45</sup> Art. 6, eerste lid Haags Verdrag van 1902.

<sup>46</sup> Art. 3 Haags Verdrag van 1902.

huwelijksvoltrekking die zonder meer moet toepassen<sup>47</sup>.

**25.** België is sinds juni 1919 niet langer door het Verdrag gebonden. Het is nog slechts van toepassing in Duitsland, Italië, Hongarije, Portugal, Roemenië, Zweden en Zwitserland. De reden van het beperkte succes van het Verdrag was o.m. dat het Verdrag tegenstrijdige boodschappen verkondigt. Enerzijds is het ingesteld om *fraude à la loi* te voorkomen. Anderzijds laat het toe dat een toepasselijk huwelijksbeletsel wordt genegeerd. De mogelijkheid voor andere Verdragsstaten om een huwelijk dat is aangegaan in overtreding van de nationale wet niet te erkennen, maakte de wildgroei nog groter. Wilden vreemdelingen huwen in een vreemde Staat, dan moesten ze bovendien een huwbaarheidscertificaat van hun diplomatieke diensten voorleggen. Deze formaliteit botst met de algemene doelstelling van *favor matrimonii* en met de aanhoudende pogingen om hinkende huwelijken te voorkomen. Het Duitse huwelijksverbod voor mannen die nog geen militaire dienst hadden gepresteerd en het Duitse en Italiaanse religieuze huwelijksverbod gaven voor België in 1919 de doorslag om het Verdrag op te zeggen<sup>48</sup>.

Het Verdrag heeft bovendien een beperkt toepassingsgebied: het heeft slechts betrekking op een huwelijk dat in een Verdragsstaat is voltrokken tussen partners van wie minstens één de nationaliteit heeft van een andere Verdragsstaat<sup>49</sup>. We menen niettemin op grond van het gelijkheidsbeginsel te kunnen besluiten dat de houding ten aanzien van bepaalde huwelijksbeletsel in deze Staten gelijk zal moeten zijn, of de betrokkenen nu de werking van het Verdrag genieten of niet. De notie 'openbare orde' wordt immers ingevuld a.h.v. de opvattingen van de *lex fori* en houdt slechts subsidiair rekening met de nationaliteit van het rechtssubject.

**26.** Niettemin hebben we het Verdrag hier ruim besproken, aangezien het het enige is dat bepalingen bevat inzake de wijze waarop best met buitenlandse huwelijksbeletsel wordt omgegaan.

Ook al is zijn toepassingsgebied beperkt, het is denkbaar dat het Verdrag rechters tot inspiratie dient, eens ze om een beoordeling in dit verband worden verzocht.

**27.** Kort samengevat menen de opstellers van het Verdrag dat slechts het

<sup>47</sup> Deze gedachte zit eveneens vevat in o.m. Rb. Almelo 18 juni 1955, *JDI* 1959, 474, *N.J.* 1955, nr. 774: een Hongaarse vrouw wilde huwen met een vreemdeling, maar had daartoe in toepassing van de *lex patriae* een presidentiële toelating nodig. Het Haagse verdrag van 1902 stelt volgens de rechter dat alle beletsel moeten worden toegepast tenzij ze louter religieus zijn geïnspireerd. *In casu* besloot de rechter evenwel van deze bepaling af te wijken. Zijn motivering was uiterst sumier ("dat het verzoek niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt"). We gaan ervan uit dat de rechter de vrouw in haar argumentering is gevolgd dat het slechts een beletsel met territoriale werking betrof en dat het tevens strijdig was met het beginsel van bescherming tegen overheidsinmenging en discriminatie in persoonlijke, familiale en huwelijksaangelegenheden, zoals neergelegd in art. 2, eerste lid, 7, 12 en 16 U.V.R.M.

<sup>48</sup> Hierover P. NYGH, "The Hague Marriage Convention – a sleeping beauty?", *I.c.*, 254.

<sup>49</sup> Art. 8 Verdrag 1902.

religieuze huwelijksbeletsel, het verbod om een tweede huwelijk aan te gaan, het huwelijksverbod voor partners in overspel en dat voor samenzweerders in een aanslag op de vorige echtgenoot van één van hen, kunnen worden aangemerkt als huwelijksverboden van openbare orde voor eenieder die huwt in de betrokken Staat. De werking van de twee laatstgenoemde beletselen beperkt zich overigens t.a.v. vreemdelingen tot het ogenblik van de huwelijksluiting. De eerste twee beletselen kunnen niet aan de grondslag liggen van de nietigverklaring van een consulaire huwelijk in de betrokken Staat. Elke Verdragsstaat is evenwel slechts gehouden om de huwelijksbeletselen van de *lex patriae* van de huwelijkskandidaten of gehuwden toe te passen. De Verdragsstaten steunen elkaars huwelijksrecht: slechts een religieus huwelijksverbod kan op de exceptie van openbare orde stuiten.

**28.** De bepalingen van het Verdrag dienen in hun historische context te worden geplaatst. Vandaag is het familierecht van de meeste betrokken rechtsordes grondig gewijzigd. Het is ten eerste de vraag of de Verdragsstaten nog steeds bereid zijn om elkaars huwelijksbeletselen zonder uitzondering toe te passen, behoudens de mogelijkheid om een religieus beletsel terzijde te schuiven.

#### **B.2.E. HET HAAGSE VERDRAG VAN 1978 INZAKE HET AANGAAN EN DE ERKENNING VAN DE GELDIGHEID VAN HUWELIJKEN**

**29.** Het Haagse Verdrag van 1978 inzake het aangaan en de erkenning van de geldigheid van huwelijken<sup>50</sup>, in werking tussen Australië, Luxemburg en Nederland<sup>51</sup>, bepaalt dan weer dat een huwelijk moet worden voltrokken als de materiële vereisten van de Staat van huwelijksvoltrekking zijn voldaan en als één van de partners onderdaan is van die Staat of er gewoonlijk verblijft of indien het I.P.R. van die Staat is nageleefd<sup>52</sup>. Het Verdrag lijkt zijn personeel toepassingsgebied niet te beperken. Zodra een huwelijk wordt aangegaan in één van de Verdragsstaten, zijn de verdragsbepalingen van toepassing<sup>53</sup>. Voor Nederland bv. impliceert dat dat het volstaat om te voldoen aan de vereisten van ofwel de Nederlandse ofwel de nationale wet, zodra één van de partners er gewoonlijk verblijft of Nederlander is. De Staat van huwelijksvoltrekking beslist vrij of hij zijn wet al dan niet toepast op de andere partner, indien die er persoonlijk geen enkele band mee heeft<sup>54</sup>. Knoopt de bevoegde autoriteit aan bij de nationale wet, dan kan ze een huwelijksbeletsel van die wet slechts buiten toepassing stellen als het kennelijk niet verenigbaar is met haar openbare orde<sup>55</sup>, bv. in geval van een raciaal of religieus beletsel<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> Verdrag van 14 maart 1978, *weergeg. in* J. ERAUW, *Bronnen van internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, nr. 95.

<sup>51</sup> Daarbuiten slechts ondertekend door Egypte, Finland en Portugal.

<sup>52</sup> Art. 3 Verdrag 1978.

<sup>53</sup> Dit leiden we af uit art. 1 en 7 Verdrag.

<sup>54</sup> Art. 6 Verdrag 1978.

<sup>55</sup> Art. 5 Verdrag 1978.

<sup>56</sup> P. NYGH, *l.c.*, 257. Naar Nederlands recht is deze regel vorm gegeven in art. 3.1 en 3.2. WCH (Wet van 7 september 1989 houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijk, in verband met de bekrachtiging van het Verdrag van 's Gravenhage van 14 maart 1978 inzake de

Wordt een rechter van een Verdragsstaat geconfronteerd met het verzoek om een huwelijk te erkennen dat is aangegaan in een andere Verdragsstaat, dan behoort hij louter na te gaan of het huwelijk geldig is aangegaan in toepassing van het recht van de Staat van huwelijkssluiting of inmiddels geldig is geworden in toepassing van dat recht<sup>57</sup> en of de *forale* openbare orde niet is geschonden. Art. 11 stelt dat de erkenning van het huwelijk geweigerd mag worden in geval in toepassing van het *forale* recht besloten kan worden tot een polygaam huwelijk of tot een huwelijk dat is aangegaan in strijd met de leeftijdsvereiste, met nauwe verwantschapsbeletsen of met de toestemmingsvereiste. Deze opsomming is evenwel niet exhaustief. Art. 13 vult aan dat een overtreding van de openbare orde van het *forum* steeds tot weigering van erkenning aanleiding kan geven.

De erkenbaarheid van een huwelijk wordt m.a.w. in beginsel bepaald a.h.v. enerzijds de *lex loci celebrandi*<sup>58</sup>, en anderzijds de openbare orde van de Staat van het *forum*. Art. 13 Verdrag getuigt evenwel van het ruime *favor matrimonii*-gehalte van het Verdrag: bevat het I.P.R. van de Staat waar om erkenning wordt verzocht soepelere bepalingen inzake de erkenning van buitenlandse huwelijken, dan kunnen die voorrang krijgen.

#### B.2.F. HET VROUWENVERDRAG

30. We verwijzen in dit verband eveneens naar het algemene discriminatieverbod in art. 16 Vrouwenverdrag. Stelt een beletsel een verschil in behandeling in tussen man en vrouw en kan daar geen objectieve en redelijke verantwoording aan worden gegeven, dan dient het beletsel ook ingevolge het Vrouwenverdrag buiten toepassing gelaten te worden.

#### B.2.G. VERORDENING NR. 1347/2000 VAN DE RAAD VAN DE E.U

31. Art. 18 Verordening nr. 1347/2000 van de Raad van de E.U. van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen<sup>59</sup>, stelt de toepassing van nationaal recht voorop

---

voltrekking en de erkenning van de geldigheid van huwelijken (*Trb.* 1987, 137), *Stb.* 1989, 392, zoals gewijzigd bij Wet van 17 december 1998, *Stb.* 1999, 1). Naar Luxemburgs recht is de Verdragsbepaling niet omgezet in intern recht.

<sup>57</sup> Deze laatste zinsnede is enerzijds bedoeld voor uitzonderingssituaties waarbij bv. na een oorlog noodhuwelijken worden gevalideerd en anderzijds voor bv. de situatie dat een polygaam tweede huwelijk na ontbinding van het eerste geldig wordt: Toelichting Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, in STAATSCOMMISSIE I.P.R., *Geselecteerde adviezen. Naar een afgewogen I.P.R.*, 's-Gravenhage, T.M.C. Asser Instituut, 1995, 30.

<sup>58</sup> Bij een diplomatiek huwelijk is dat het recht van de zendstaat.

<sup>59</sup> *P.B.L.* 160 van 30 juni 2000, 19-36; H. GAUDEMET-TALLON, "Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: 'Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs'", *J.D.I.* 2001, 381. Er is momenteel een voorstel tot Verordening hangende die Verordening 1347/2000 zou vervangen Com. (2000) 222 def. van 3 mei 2002, *P.B.C.* 2002, 203, E/27. De ontwerp-Verordening neemt evenwel in art. 27, 30 en 31 bepalingen op die overeenstemmen met de

als regel. De Verordening heeft in dit verband evenwel slechts betrekking op de erkenning van de buitenlandse nietigverklaring van een huwelijk, m.a.w. niet op de voorwaarden om een huwelijk aan te gaan of te erkennen in een Lidstaat. Is een huwelijk in een Lidstaat nietigverklaard, dan kan de nietigheid niet worden genegeerd door een andere Lidstaat op de loutere grond dat die Staat een nietigverklaring niet toelaat op de aangewende nietigheidsgrond<sup>60</sup>. "In geen geval wordt een onderzoek gedaan naar de juistheid van de beslissing"<sup>61</sup>. Een nietigverklaring wordt (slechts) niet erkend als ze steunt op een grond of procedure die strijdig is met de openbare orde van de Staat van het *forum*, als het verzoek tot erkenning ervan in strijd met de rechten van de verdediging werd ingeleid, of als de nietigverklaring onverenigbaar is met een vroegere geldige beslissing<sup>62</sup>.

**32.** De Verordening bevat noch positieve, noch negatieve bepalingen omtrent de omgang met buitenlandse huwelijksbeletselen.

## **B.2.H. HET EUROPEES HANDVEST VAN DE GRONDRECHTEN VAN DE EUROPESE UNIE**

**33.** We hebben vooralsnog in onze bespreking van huwelijksbeletselen slechts beperkt stilgestaan bij het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Het recht om te huwen wordt in door art. 9 Handvest m.n. slechts "gewaarborgd volgens de nationale wetten die de uitoefening van deze rechten beheersen". Het discriminatieverbod en het expliciete beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw bieden o.i. de voornaamste techniek om het recht om te huwen af te dwingen<sup>63</sup>. Ze zullen in deze titel meermaals worden aangehaald.

De afdwinging van de grondrechten is evenwel begrensd door de beperkingen die het Hof van Justitie stelt aan het toepassingsgebied van het Handvest<sup>64</sup>.

## **B.2.I. BILATERALE VERDRAGEN**

**34.** Art. 6 Belgisch-Marokkaans Verdrag<sup>65</sup> verwijst voor de huwelijksbeletselen zonder meer naar de nationale wet. Er wordt in het Verdrag niet nader ingegaan op de mogelijkheid om dispensatie te verlenen van bepaalde beletselen, of op de strijdigheid van bepaalde beletselen met de openbare orde. De openbare-ordeclausule van art. 2 kan evenwel steeds worden toegepast. Elk van de Staten beslist voor zichzelf hoe hij met de huwelijksbeletselen van de andere Verdragsstaat omgaat.

---

hieronder beschreven regels.

<sup>60</sup> Art. 18 Regl.

<sup>61</sup> Art. 19 Regl.

<sup>62</sup> Genomen in de aangezochte Staat, of in een andere Staat mits de beslissing tevens erkenbaar is verklaard door de aangezochte Staat. De genoemde weigeringscriteria staan verwoord in art. 18.1 Regl.

<sup>63</sup> Art. 9 j° 21 resp. 23 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

<sup>64</sup> Cf. *supra*, deel 2C, randnrs 131-132.

<sup>65</sup> Verdrag betreffende de toepasselijke wet op en de erkenning van huwelijken en hun ontbinding van 15 juli 1991, nog niet in werking, overigens het enige bilaterale huwelijksverdrag dat België is aangegaan.

**35.** Ook bilaterale Verdragen in onze buurlanden zijn de gevoelige materie uit de weg gegaan. Zo staan meerdere Franse bilaterale Verdragen stil bij het huwelijksrecht, maar gaat geen ervan nader in op de soorten huwelijksbeletselen<sup>66</sup>, ook niet op deze die betwisting kunnen doen rijzen, zoals het religieuze huwelijksbeletsel of het huwelijksverbod tussen melkverwanten. Het gevolg is dat ook de Franse rechter geval per geval zelf bepaalt of de internationaalprivaatrechtelijke openbare orde door een bepaald huwelijksbeletsel al dan niet wordt aangetast.

### **B.3. VOORSTEL: DE TECHNIEK VAN HET VERBIEDENDE BELETSEL OF DE ‘VERBIEDENDE OPENBARE ORDE’**

#### **B.3.A. VOORSTEL**

**36.** Het lijkt ons aangewezen om in het I.P.R. buitenlandse huwelijksbeletselen die zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid te herkwaltificeren tot verbiedende beletselen, mits ze niet als van openbare orde kunnen worden beschouwd<sup>67</sup>. Dat laatste zal enkel gebeuren m.b.t. huwelijksbeletselen die ook in ons recht voorkomen, en bovendien enkel m.b.t. een select aantal ervan<sup>68</sup>. Deze opvatting is ingegeven door *favor matrimonii* en ligt reeds aan de grondslag van een aantal Verdragsbepalingen die we hierboven reeds bespraken.

We beperken ons voorstel evenwel tot de hypothese dat de huwelijksluiting in het buitenland niet is ingegeven door fraude, m.n. door de doelstelling om een verbod om te huwen bij huwelijksluiting in België (in toepassing van het buitenlandse beletsel) te ontwijken. Ons voorstel geldt m.a.w. slechts als één van de partners een sterke band heeft met de rechtsorde van de Staat van huwelijksvoltrekking.

**37.** Het Huwelijksverdrag van 1978 gaat nog verder. Het geeft aan dat een huwelijk van twee personen die beiden onderdaan zijn van een Verdragsstaat voltrokken moet worden zodra de wet van de Staat van huwelijksluiting is geëerbiedigd. De nationale wet wordt niet in aanmerking genomen en kan m.a.w. ook niet een verbiedend beletsel vormen, tenzij één van de huwelijkskandidaten onderdaan is van de huwelijksluitende Staat. T.a.v. een koppel waarvan één huwelijkskandidaat geen onderdaan is van een Verdragsstaat, kan de

<sup>66</sup> Frans-Marokkaans Verdrag van 10 augustus 1981 (décret 27 mei 1983); Frans-Laotiaans Verdrag van 22 oktober 1953 (décret 22 april 1959); Frans-Tunesisch Verdrag van 9 maart 1957 (décret 1 februari 1958); Frans-Pools Verdrag van 5 april 1967 (décret 13 februari 1969); Frans-Joegoslavisch Verdrag van 18 mei 1971 (décret 15 mei 1973); Déclaration des garanties m.b.t. de akkoorden met Algerije (J.O. 19 maart 1962); Procès-verbal met Indië van 16 maart 1963 (décret 2 mei 1963), alle aangeh. in P. MAYER (1994) en (2000), nr. 512.

<sup>67</sup> Dit zou in de praktijk reeds behoorlijk algemeen gebeuren volgens G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 220 en L. PALSSON (1981), 87. Zie ook een voorstel in die zin van B. AUDIT (2000), 545.

<sup>68</sup> We haalden reeds het verbod aan van kinderhuwelijken, de vereiste van een vrije, persoonlijke toestemming, het verbod om te huwen met een verwante in de rechte lijn, een broer of een zus. Daarnaast denken we aan het verbod op polygamie.

huwelijkssluitende Verdragsstaat wél bepalen om op die niet-onderdaan diens *lex patriae* toe te passen. Opteert de huwelijkssluitende Staat voor deze aanknoping, dan kan slechts een exceptie van openbare orde een afwijking rechtvaardigen. Moet een andere Staat oordelen over de erkenbaarheid van dat huwelijk, dan gebeurt dat evenwel louter a.h.v. de *lex loci celebrandi*<sup>69</sup> en de openbare orde van de Staat van het *forum*. Het nationale huwelijksbeletsel kan t.a.v. een derdelander m.a.w. hoogstens verbiedende werking hebben.

Samengevat kan de nationale wet hoogstens aan de grondslag liggen van een verbiedend huwelijksbeletsel en dat louter t.a.v. de partner die geen onderdaan is van een Verdragsstaat en voor wie de huwelijkssluitende Staat tot toepassing van zijn *lex patriae* opteerde.

**38.**In gelijkaardige zin beperkt het Haagse Verdrag van 1902 de mogelijkheid voor de Staat van huwelijksvoltrekking om naar de grondvoorwaarden van zijn eigen wet te verwijzen, als het erom gaat de erkenbaarheid van een gesloten huwelijk te beoordelen. Artikel 2 bepaalt dat de Staat van huwelijksvoltrekking ze niet kan toepassen als nietigheidsgrond. Eenmaal het huwelijk er is voltrokken, kan het slechts worden nietigverklaard in toepassing van het nationale recht van de betrokkenen. De Verdragsstaten kunnen van de beletselen die in hun rechtsorde beletselen van openbare orde zijn en die niet figureren in de nationale wet van de huwelijkskandidaten, met andere woorden slechts *verbiedende* beletselen maken, en dan nog slechts voor zover de beletselen figureren in de opsomming van het Verdrag (*cf. supra*). Het Verdrag bepaalt, zoals we reeds aangaven, twee uitzonderingen op deze regel. Hanteert een Staat een religieus huwelijksbeletsel of een beletsel om opnieuw te huwen na een vorig huwelijk t.a.v. zijn eigen onderdanen, dan kan hij die ook op vreemdelingen toepassen, ook voor de beoordeling van een reeds gesloten huwelijk. Een andere Staat kan deze beletselen daarentegen niet inroepen na de huwelijkssluiting. De uitzondering is m.a.w. voorbehouden aan de Staat van huwelijkssluiting.

Zoals gezegd gaat de vergelijking maar gedeeltelijk op: het Haagse Verdrag beperkt de werking van de huwelijksbeletselen van de *lex loci celebrandi* en niet die van de *lex patriae*.

België is overigens door geen van beide Verdragen gebonden.

**39.**Daarnaast wijzen meerdere rechterlijke uitspraken en doctrinale standpunten uit dat huwelijken soepel worden erkend, mits geen *fraude à la loi* aan het licht komt<sup>70</sup>. Tot *fraude à la loi* wordt overigens overwegend slechts besloten als onderdanen van het land van het *forum* nauw bij de zaak zijn betrokken<sup>71</sup>. Ook in

<sup>69</sup> Bij een diplomatiek huwelijk is dat het recht van de zendstaat.

<sup>70</sup> Zie ook art. 190-1 Franse C.C., dat in geval van *fraude à la loi* een vordering tot nietigverklaring toelaat op vordering van het O.M. of van de echtgenoot te goeder trouw.

<sup>71</sup> M.b.t. de opwerping van *fraude* door de Belgische I.P.R.-rechter: J. MEEUSEN (1997), 252; P. L'ECLUSE, "De rol van de openbare orde in de erkenning van buitenlandse echtscheidingen", *Jura Falc.* 1985-86, 553; G. VAN HECKE en F. RIGAUX (1965), 354; J. DEPREZ (1988), 173-



de Duitse rechtsorde, die o.i. vooralsnog op de meest strikte wijze toepassing maakt van buitenlandse huwelijksbeletselen<sup>72</sup>, wordt in het huwelijksrecht beduidend soepeler afgeweken van buitenlandse bepalingen die strijdig zijn met de interne opvattingen, dan in andere I.P.R.-materies<sup>73</sup>. Ook een opzettelijke, 'frauduleuze' lokalisatie van de huwelijksluiting in het buitenland wordt daarbij gemakkelijk door de vingers gezien<sup>74</sup>.

### B.3.B. BEOORDELING A.H.V. HET CRITERIUM VAN HET RECHT OM TE HUWEN

#### **\* Het belang van verdragsrecht met het oog op een universele toepassing van het beginsel van de huwelijksvrijheid**

40. Ook het beginsel van de huwelijksvrijheid rechtvaardigt o.i. een soepele omgang met buitenlandse huwelijksbeletselen. We gaven reeds aan dat de B.I.P.O.O. kan worden verrijkt met het recht om te huwen dat wordt gewaarborgd door art. 12 E.V.R.M.<sup>75</sup> Ook al is het recht om te huwen geen *core human right*<sup>76</sup>, het evolueert in onze samenleving naar een steeds beter beschermd recht. De geleidelijke eenmaking van het Europees familierecht door o.m. rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten, CIEC-Verdragen, Haagse Verdragen, inspanningen van de Raad van Europa en sinds kort ook van de EU<sup>77</sup> zal de positie van het recht om te huwen binnen het I.P.R. ongetwijfeld aansterken. Door toenemende harmonisatie op wetgevend en jurisprudentieel (internationale rechtspraak) niveau zal de huidige casuïstiek binnen de nationale rechtspraak kunnen worden overstegen.

Het risico blijft daarbij evenwel reëel dat gevoelige thema's uit de weg worden gegaan<sup>78</sup>, vanuit de wens om minstens tot een overeenkomst te komen over minder gevoelige punten. In het Belgisch-Marokkaanse Verdrag worden bv. heikele punten, zoals polygamie en retro-actieve huwelijken, uit de weg gegaan. Het Hof voor de Mensenrechten hoedt zich vooralsnog voor uitspraken in

---

176. Zie ook algemeen m.b.t. de westers-continentale Staten en *mutatis mutandis* (m.n. met verblijf als criterium i.p.v. nationaliteit) de common-lawlanden: PALSSON (1981), 48 en 276.

<sup>72</sup> Cf. *infra* voor illustraties.

<sup>73</sup> Over het algemeen zijn er banden met Duitsland of een opvallende inbreuk vereist alvorens de exceptie van openbare orde tegens een toepasselijke buitenlandse rechtsregel wordt ingeroepen. Dat laatste gebeurt evenwel t.a.v. buitenlandse huwelijksbeletselen ook als er geen banden met de Duitse rechtsorde zijn en de openbare orde niet ernstig met de voeten is getreden. Een buitenlands huwelijksbeletsel wordt niet snel als grond tot nietigverklaring aangenomen: OLG München 7 januari 1969, StAZ 1971, 84; F. GAMILLSCHEG, "Art. 13 EGBGB", in J. VON STAUDINGER, *Internationales Privatrecht. Sonderausgabe aus J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 10./11. und 12. Auflage EGBGB*, Berlin, Schweitzer, nr. 442; O. ELWAN, "L'Islam et les systèmes de conflits de lois", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 327.

<sup>74</sup> L. PALSSON (1981), 49.

<sup>75</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 3, randnr. 80.

<sup>76</sup> We ontleen deze term aan o.m. E. BREMS (2000).

<sup>77</sup> Zie hierover deel 2A.

<sup>78</sup> Hierover o.m. D. VAN GRUNDERBEECK (2002).

materies waarover nog geen Europese consensus bestaat<sup>79</sup>.

De primauteit van supranationaal recht verplicht de Verdragsstaten er evenwel toe om hun interne wetgeving en jurisprudentie te herzien en in overeenstemming te brengen met de betreffende Verdragsbepalingen.

**\* *Het huidige verdragsrecht als aanzet tot soepele omgang met buitenlandse huwelijksbeletselen, in afwachting van een verdragsrechtelijke eenmaking***

41. De huidige min of meer afgelijnde Europese rechtscultuur reikt ons criteria aan om aan de hand van rechtsvergelijking te beoordelen welke huwelijksbeletselen gekwalificeerd kunnen worden als beletselen van openbare orde. Het Verdrag van Den Haag deed dat in 1902, onder meer met betrekking tot beletselen die vandaag nog in weinig Europese rechtsstelsels voorkomen, maar toen nog het voorwerp van controversen waren. Moet een koppel kunnen huwen, ingeval het de mogelijkheid daartoe heeft afgedwongen op wrede wijze, met name door de toenmalige echtgenoot van één van beiden (of van beiden) te vermoorden? Moet een koppel kunnen huwen indien het zich vooraf reeds "minachtend heeft opgesteld ten aanzien van het huwelijksinstituut"<sup>80</sup>, doordat ze beiden ten grondslag lagen aan een overtreding van de getrouwheidsplicht in het kader van een eerder huwelijk van één van hen? Het Haagse Verdrag laat toe dat een Staat deze beletselen algemeen toepast, ook op vreemdelingen. Hoe staat de Belgische rechter er tegenover?

Ook beogen we de wachttermijn en het religieuze huwelijksverbod te toetsen aan zijn verenigbaarheid met het beginsel van de vrije huwelijkstoestemming. Het verbod voor priesters om te huwen, dat voortvloeit uit de gelofte die ze afleggen bij de aanvaarding van het priesterambt, zal worden getoetst aan het beginsel van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon en aan het beginsel van scheiding van kerk en Staat.

42. Ook een Verdrag dat door België niet is geratificeerd, kan de B.I.P.O.O. verrijken<sup>81</sup>. Uit de bespreking hierboven is gebleken dat het verdragsrecht zich tot op vandaag afzijdig houdt inzake huwelijksvereisten en –beletselen en lijkt aan te sturen op een casuïstiek gebruik van het eigen openbare-ordebeginsel. Een beroep op de aangehaalde Verdragen volstaat overigens niet om hinkende rechtsposities te voorkomen<sup>82</sup>. Niettemin is het Verdragsrecht in dit verband van

<sup>79</sup> Zie hierover deel 2A, randnrs 69 en 99.

<sup>80</sup> Cf. *infra*, de verklaring die bepaalde buitenlandse regelgevingen zelf gaven aan hun (vroegere) wachttijdregeling bij huwelijk met de medeplichtige aan voorafgaand overspel of aan een (voormalig) huwelijksverbod.

<sup>81</sup> B. GOLDMAN, "La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle du conflit de lois", in R. CASSIN (ed.), *Problèmes de protection internationale des droits de l'homme*, reeks *Jura Hominis ac Civis* 1, René Cassin: *amicorum discipulorumque liber* 1, Paris, Pédone, 1969, 449.

<sup>82</sup> Bovendien beseffen we dat een beroep op beginselen die zijn neergelegd in verdragen die onze rechtsorde zelf niet heeft geratificeerd het risico op hinkende rechtsposities doet toenemen. De buitenlandse rechter zal begrijpelijkerwijze niet snel aanvaarden dat een bepaling van zijn

groot belang, alleen reeds doordat het met grote autoriteit aangeeft dat ook in dit verband de notie openbare orde een centrale rol vervult.

## C. DE B.I.P.O.O. EN ANDERE BUITENLANDSE HUWELIJSBELETSLEN

**43.** We behandelden reeds de buitenlandse huwelijksbeletselen die een zekere analogie vertonen met Belgische beletselen, m.n. de leeftijdsvereiste, de toestemmingsvereiste<sup>83</sup>, de vereiste van een verschillend geslacht en de verwantschapsbeletselen<sup>84</sup>.

**44.** In dit deel bespreken we achtereenvolgens enkele buitenlandse huwelijksbeletselen die tot voor enkele jaren ook in België nog golden (E.3.a) en beletselen die over het algemeen door de Belgische rechter worden weggekwalificeerd als vormvoorwaarde voor het huwelijk (E.3.b).

We hebben, voorafgaandelijk aan deze bespreking, nogal wat werk gestoken in onderzoek naar de vraag in hoeverre de hiernavolgende beletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht, nog voorkomen in buitenlands recht. Het bestuderen van meer dan vijftig buitenlandse huwelijkswetgevingen – we steunden ons hiertoe vnl. op de reeks van BERGMANN en FERID – was een intigerende activiteit. We zagen hoe verschillende familiewetten op een onderling sterk verschillende wijze zijn opgebouwd. Het is niet steeds eenvoudig om a.h.v. een vluchtige lezing ervan na te gaan welke huwelijksbeletselen erin gelden. In sommige wetten staan de huwelijksbeletselen gedeeltelijk onder een expliciete rubriek van huwelijksvereisten (“huwelijksbeletselen” of “voorwaarden om te huwen”), gedeeltelijk slechts impliciet onder de rubriek van de nietigheidsgronden vermeld. Deze soms moeilijke kenbaarheid van huwelijksbeletselen vormde, naast de doelstelling om een beeld te scheppen van de frequentie van het huwelijksbeletsel, voor ons een bijkomende reden om per huwelijksbeletsel aan te geven in welke rechtsordes ze o.m. voorkomen. Een derde reden voor onze lectuur in dit verband is gelegen in de bevinding dat bepaalde huwelijksbeletselen die vandaag mogelijk een exotische indruk wekken, niettemin ook nog figureren in het familierecht van enkele buurstaten van België en soms nog niet eens zo lang geleden een equivalent hadden in het Belgische huwelijksrecht.

**45.** We zullen, zoals aangekondigd, de verenigbaarheid van deze beletselen met

---

rechtsorde aan de kant wordt geschoven door een verdragsbepaling die een Belgische onderdaan niet eens rechtstreeks kan inroepen tegen het eigen recht. De proximitétheorie en het beginsel van de staatssoevereiniteit laten niet toe dat we ten aanzien van buitenlands recht strengere normen zouden hanteren dan t.a.v. ons eigen recht.

<sup>83</sup> Onder deze categorie van grondvoorwaarden voor het huwelijk behandelden we ook de vertegenwoordigingsvereiste in de islamitische rechtssystemen, die nauw aansluit bij de vroegere vereiste van een ouderlijke instemming met het huwelijk van meerderjarigen.

<sup>84</sup> Deel 3, hoofdstukken 1, 2, 5 en 3.

de openbare-orde-notie toetsen. Het gelijkheidsbeginsel vervult in die evaluatie een grote rol, aangezien de vereisten vaak gepaard gaan met een verschil in behandeling op grond van geslacht, nationaliteit of religie. Onder westerse auteurs heerst het unanieme standpunt dat discriminatoire beletselen zonder meer moeten worden geweerd in het licht van de openbare orde<sup>85</sup>.

## C.1. BELETSELEN DIE TOT VOOR ENKELE JAREN NOG IN BELGIË GOLDEN

### C.1.A. DE WACHTTIJD ALS HUWELIJKSBELETSEL

**46.** Het buitenlandse huwelijksbeletsel waar de Belgische rechtspraak het vaakst mee wordt geconfronteerd, omdat het in de instellende rechtsorde over het algemeen wordt toegepast op een ruime categorie van onderdanen, is het beletsel van de wachttijd. Een algemene wachttijd wordt opgelegd met de doelstelling om de partners een laatste bezinningstermijn te geven. Daarnaast stellen bepaalde rechtordes een wachttijd in na echtscheiding of overlijden, nu

<sup>85</sup> O.m. B.C.H. AUBIN, H. NEUMAYER en P. FRANCESKAKIS (ed.), *Internationales Familienrecht*, Tübingen, Eugen Göbel, 1955, 38-39, m.b.t. de toenmalige praktijk in Frankrijk en Duitsland; H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, L.G.D.J., 1983, 44-45; P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 43; A. HEYVAERT, *Internationaal privaatrecht, een inleiding*, o.c., 118; J. KROPHOLLER, *Internationales privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 324; J. VAN DE VELDE, o.c., 13, opteerde ervoor om huwelijksbeletselen die strijdig zijn met onze openbare orde (hij verwijst naar o.m. medische en religieuze huwelijksbeletselen) niet op te nemen in zijn beschrijving van buitenlandse rechtssystemen (we menen evenwel dat hij meerdere beletselen wél heeft opgenomen, terwijl die de openbare orde evengoed stuiten, bv. de wachttermijn voor vrouwen, het huwelijksverbod voor overspeligen e.d.); EG. SCHWELB, "Some aspects of the international covenants on human rights of december 1966", in A. EIDE en A. SCHOU (eds), *International protection of human rights*, Stockholm, 1968, 119; G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1989, nr. 459. Zie ook art. 16 Vrouwenverdrag; art. 5, d IV Internationaal Verdrag inzake de Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie (gelijke behandeling door de wet, inzake het recht om te huwen en zijn partner te kiezen). Zie in gelijkaardige zin: art. 2 Haags Verdrag van 12 juni 1902 tot regeling van strijdigheid in wetten inzake huwelijk: de Staat van huwelijksluiting mag buitenlandse overspeligen of beramers van partnermoord verbieden te huwen, mits ze dat ook doet t.a.v. eigen onderdanen. Een interessante beschrijving van de evolutie van de opvattingen ter zake vinden we terug bij J. FOYER, noot onder Paris 28 juni 1973, *R.C.D.I.P.* 1974, 510: het Hof had de onmogelijkheid naar Kameroens recht voor een vrouw om een echtscheiding te vorderen op grond van overspel van haar echtgenoot, strijdig verklaard met het gelijkheidsbeginsel omdat een man wél over die mogelijkheid beschikt. Foyer beschreef dit arrest als het eerste dat de sprong maakte van een zuiver technisch openbare-ordeconcept naar een dynamische en politieke toepassing van de exceptie. Voorheen werd systematisch rechtstreekse werking verleend aan strengere buitenlandse wetten (zie ook voor België: Brussel 14 december 1955, *R.C.D.I.P.* 1957, 68, noot F. RIGAUX: de Spaanse wet die een huwelijk verbiedt tussen een katholieke Spanjaard en een uit de echt gescheiden vrouw die kerkelijk gehuwd was geweest, is weliswaar strijdig met het Belgische beginsel van godsdienstvrijheid, maar stuit de Belgische openbare orde niet). De openbare-orde-exceptie trad slechts op tegen buitenlands recht dat iets toeliet wat niet door de Franse beugel kon. Grotere beperkingen op o.m. het recht om uit de echt te scheiden werden minder argwanend bekeken. In de Parijse zaak van 1973 werd evenwel voor het eerst voorrang verleend aan het "politieke beginsel van de gelijke behandeling van man en vrouw". Vandaag zou de Franse rechter zich reeds algemeen strenger opstellen tegenover onbekende buitenlandse beletselen: H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, L.G.D.J., 1983, 44-45.

eens t.a.v. beide partners, dan weer alleen t.a.v. vrouwen. De doelstellingen van het beletsel bestaan nu eens in het instellen van een rouwtijd of van een morele standaard voor het seksuele leven, dan weer in een loutere bestraffing, of - zoals vandaag overwegend het geval is - in het voorkomen van *turbatio sanguinis*. De mate waarin de concrete omschrijving van een wachttermijn de doelstelling van het beletsel weerspiegelt, vormt een belangrijke factor om te oordelen over de geoorlooftheid ervan. Een verschillende behandeling tussen man en vrouw kan erdoor gerechtvaardigd worden<sup>86</sup>. Dat betekent evenwel nog niet dat de vereiste tevens in overeenstemming is met art. 12 E.V.R.M.

### \* *De algemene wachttijd*

#### - De algemene wachttijd in het buitenlands recht

47. Het huwelijksrecht van de voormalige Sovjetunie (en sindsdien meerdere Staten van het GOS<sup>87</sup>), Hongarije en Polen<sup>88</sup> verplichten elke huwelijkskandidaat om na aangifte van het huwelijk een bezinningstijd van een maand in acht te nemen.

Naar Filippijns recht worden de partners tot de leeftijd van 25 jaar verplicht voorafgaandelijk aan hun burgerlijk huwelijk een priester te raadplegen. Indien ze dat weigeren, moeten ze een wachttijd doorlopen van drie maanden<sup>89</sup>.

48. Naar Belgisch recht bestaat dergelijke wachttermijn niet. Art. 165 B.W. bepaalt weliswaar dat het huwelijk ten vroegste mag worden voltrokken op de veertiende dag na de aangifte. Deze termijn is evenwel louter ingesteld om de verwanten in de opgaande lijn - of bij gebreke, in de zijlijn - in de mogelijkheid te stellen om zich tegen het huwelijk te verzetten<sup>90</sup>. In uitzonderlijke omstandigheden kan de procureur des Konings overigens vrijstelling verlenen van deze 'wachttijd'.

#### - Evaluatie

49. Bepaalde auteurs beschouwen de genoemde verplichte bezinningsperiode niet als een inbreuk op het recht om te huwen, meer nog: suggereren dat andere rechtsordes een voorbeeld zouden kunnen nemen aan deze inspanning om de

<sup>86</sup> Een gelijkaardige opvatting zit verrat in L. PALSSON (1981), 283, bij zijn kritiek op een Australisch vonnis dat weigerde de Belgische wachttermijn toe te passen omdat die discriminatoir zou zijn. De termijn was evenwel gericht op het voorkomen van *turbatio sanguinis*.

<sup>87</sup> O.m. art. 16 Wit-Russische familiewet: vijftien dagen, in samenspraak met de partners te verkorten of tot maximum drie maanden te verlengen; art. 11, tweede lid Russische familiewet (deze bepaling stelt evenwel dat een wachttijd *kan* worden opgelegd in bijzondere omstandigheden. Mogelijk beperken die zich tot onduidelijkheden m.b.t. het vervuld zijn van alle wettelijke huwelijksvereisten).

<sup>88</sup> Art. 4 Poolse familiewet; "National reports, 'P'", *I.E.C.L.* 1996, 164 en BERGMANN en FERID, o.c.: de termijn begint te lopen vanaf de dag waarop vaststaat dat zich geen wettelijke huwelijksbeletsele stellen.

<sup>89</sup> Art. 16 familiewet. D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 69-70.

<sup>90</sup> Art. 173-174 B.W.

huwelijksstabiliteit te bevorderen<sup>91</sup>.

Weliswaar duurt de genoemde bezinningstijd van een maand in bepaalde rechtsordes in de praktijk niet veel langer dan de Belgische wachttijd na aangifte van het huwelijk. Niettemin noopt het beginsel van de huwelijksvrijheid ertoe om de voorwaarde, en *a fortiori* strengere wachttijdregelingen, buiten toepassing te laten, tenzij er praktische, rechtvaardigbare argumenten aan ten grondslag liggen.

Onze opvatting laat in de praktijk alle vrijheid aan de partners. Wensen zij de vereiste na te leven, dan stellen ze de huwelijksluiting tot zolang uit. Wensen ze dat niet, dan geven ze dat te kennen door hun wens of bereidheid om de datum van huwelijksluiting op een vroegere datum te zetten en aanvaarden ze het risico dat hun huwelijk gaat hinken.

Het is weliswaar denkbaar dat een keuze de partners voor praktische problemen stelt. Overschrijdt de wachttermijn de maximale termijn die wettelijk wordt toegestaan tussen de huwelijksaangifte<sup>92</sup> en de voltrekking van het huwelijk<sup>93</sup>, dan vervalt de geldigheid van de aangifte. Dit ongemak is evenwel gemakkelijk op te lossen door een nieuwe aangifte. De kosten die hiermee gepaard gaan<sup>94</sup>, moet de vreemdeling er dan maar bij nemen.

### **\* De wachttijd na echtscheiding of overlijden**

#### **- De wachttijd, ongeacht het geslacht, naar buitenlands recht**

50. Het Belgische B.W. legde resp. tot de wet van 3 juni 1965 en de wet van 15 mei 1972 wél het prohibitieve<sup>95</sup> beletsel van een wachttijd op aan Belgen die een nieuw huwelijk wensten aan te gaan nadat ze hun vorige huwelijk ontbonden hadden door echtscheiding op grond van resp. onderlinge toestemming of overspel. Dispensatie was mogelijk bij bewijs van morele of materiële onmogelijkheid om in de afgelopen tien maanden geslachtsgemeenschap te hebben gehad<sup>96</sup> of bij bewijs dat de vrouw niet zwanger was of dat onmogelijk

<sup>91</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 70.

<sup>92</sup> Of bij huwelijksluiting in het buitenland: afkondiging.

<sup>93</sup> Deze maximale termijn is ingesteld om te voorkomen dat door de lange tussenperiode nieuwe huwelijksbeletselen zouden ontstaan die door de mazen van het net zouden glijpen. Hij bedraagt in België zes maanden: art. 165 § 3 B.W.

<sup>94</sup> Zegelrechten op uittreksels van akten van de burgerlijke stand.

<sup>95</sup> O.m. Rb. Brussel 16 december 1967, *J.T.* 1970, 68.

<sup>96</sup> Inkorting wachttermijn wegens onmogelijkheid van gemeenschap: Rb. Hoei 30 september 1981, *J.T.* 1982, 364 (overspelige vrouw); Rb. Mechelen 2 april 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 301 (levenslang veroordeelde); Luik 12 december 1974, *J.L.* 1974-75, 137 (natuurlijke onmogelijkheid); Rb. Marche-en-Famenne 7 november 1974, *J.L.* 1974-75, 149 (morele onmogelijkheid wegens echtscheiding met onderlinge toestemming); Luik 21 maart 1966, *Pas.* 1967, II, 49 en Luik 24 december 1968, *Pas.* 1969, II, 72; Brussel 30 juli 1964, *J.T.* 1965, 213; Rb. Brussel 2 mei 1964, *R.W.* 1964-65, 537; Gent 24 november 1961, *R.W.* 1961-62, 1953, advies O.M., noot J.M. MOREELS, (idem – P.V. van niet-verzoening); Brussel 23 maart 1957, *Pas.* 1957, II, 176 (idem); Brussel 25 januari 1964, *Ann. not.* 1964, 299, noot F. RIGAUX (morele

kon zijn<sup>97</sup>. De Belgische rechter heeft lange tijd aangenomen dat hij eveneens bevoegd was om de duur van het huwelijksverbod te *verlengen*, bij wijze van bezinningstermijn voor de partijen. Meerdere rechters hebben personen die uit de echt waren gescheiden op grond van onderlinge toestemming gedurende drie jaar een huwelijksverbod opgelegd<sup>98</sup>.

**51.** In de meeste continentaal-Europese en Latijns-Amerikaanse landen heeft tot het begin van de jaren 1980 een wachttijd bestaan<sup>99</sup>. Vaak was ook daarbij dispensatie mogelijk<sup>100</sup>.

Art. 297 Luxemburgse C.C. legde tot 1978 personen die uit de echt waren gescheiden met onderlinge toestemming een wachttijd op van drie jaar alvorens ze terug met elkaar konden huwen. Na een foutechtscheiding volgde een wachttijd van tien maanden<sup>101</sup>. een overtreding van de vereiste vormde een nietigheidsgrond<sup>102</sup>.

Oostenrijk stelde tot 1938<sup>103</sup>, Denemarken tot 1970, Noorwegen tot 1969, Zweden tot 1970<sup>104</sup> een wachttermijn in die door de rechter tot op twee jaar bepaald kon worden. De Zwitserse wachttermijnregeling die een huwelijksverbod tot drie jaar toeliet, is in 1998 afgeschaft<sup>105</sup>.

---

onmogelijkheid wegens gescheiden verblijfplaats); Rb. Luik 24 januari 1961, *J.L.* 1960-61, 156 (idem); Rb. Charleroi 16 november 1957, *Ann. not.* 1959, 100, noot (morele onmogelijkheid – echtscheiding met onderlinge toestemming); Luik 21 mei 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 286: afzonderlijke verblijfplaats vormt voldoende bewijs. Strenger: enkel vrijstelling als rechterlijke machtiging tot afzonderlijk verblijf: Luik 29 juni 1981, *J.L.* 1981, 333, noot H.J. (*in casu* ontbrak dergelijke machtiging); afzonderlijke verblijfplaats is geen voldoende bewijs: Rb. Dinant 26 november 1980, *R.R.D.* 1981, 36; P.V. van niet-verzoening is geen voldoende bewijs: Rb. Antwerpen 20 december 1956, *R.W.* 1956-57, 878, advies O.M.; Luik 21 mei 1980, *J.L.* 1980, 286, kritische noot J.L.R.

<sup>97</sup> Rb. Kortrijk 13 april 1979, *R.W.* 1978-79, 2748, noot J. HERBOTS (niet zwanger); Gent 2 april 1976, *R.W.* 1976-77, 434, noot J. PAUWELS, (bewijs dat de vrouw onmogelijk nog zwanger kon worden); Rb. Nijvel 8 maart 1961, *Jur. Niv.* 1961, 24. (idem); Rb. Brugge 11 maart 1957, *J.T.* 1958, 27 (idem). Vrijstelling bij bewijs van zwangerschap: Brussel 9 november 1963, *J.T.* 1964, 109.

<sup>98</sup> Brussel 16 december 1959, *J.T.* 1960, 296 (impliciet: *in casu* betrof het geschil een vordering tot nietigverklaring wegens clandestien aangaan van een huwelijk in het buitenland met de doelstelling om de voorheen, n.a.v. de echtscheiding van één van beiden, opgelegde wachttermijn te omzeilen. Een huwelijk dat clandestien is aangegaan, kan in beginsel worden nietigverklaard. *In casu* was een nietigheidsvordering door één van de partners in toepassing van art. 196 B.W. evenwel onmogelijk geworden, aangezien de betrokkenen reeds bezit van staat van gehuwden hadden).

<sup>99</sup> L. PALSSON (1981), 279.

<sup>100</sup> Voor rechtsvergelijkende gegevens: o.m. H. DÖLLE, *Familienrecht: Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen*, Karlsruhe, Müller, 1964, 135 en 1972, 129, 136, 588-589; F. GAMILLSCHEG, *StaudingerKomm.*, "Art. 13", nrs 387 en 393-394; GÖTZ, *Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht begründet von M. Gmür*, Bern, 1964, art. 103, nr. 20.

<sup>101</sup> Voormalig art. 296 C.C., afgeschaft bij wet van 5 december 1978. Vandaag bepaalt art. 297 C.C. dat geen wachttijd geldt bij de twee genoemde echtscheidingsvormen en bij echtscheiding na vijf jaar feitelijke scheiding in geval van geestesgestoordheid.

<sup>102</sup> F. GAMILLSCHEG, *l.c.*, nr. 393.

<sup>103</sup> L. PALSSON (1981), 341. D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 41, noot 371, verwijzen verkeerdelijk naar 1983.

<sup>104</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 41, noot 371.

<sup>105</sup> Cf. *infra*. J. VAN DE VELDE, o.c., uitgave 2001, vermeldt ten onrechte dat de wachttermijn

De Liechtensteinse familiewet hanteerde tot de huwelijkswet van 1973<sup>106</sup> een verbod voor een uit de echt gescheiden katholiek om opnieuw te huwen zolang zijn vorige partner leefde. Evenmin kon hij/zij een uit de echt gescheiden persoon huwen zolang diens vorige partner nog leefde. Een gemengd huwelijk met een uit de echt gescheiden persoon wiens personele statuut onvoorwaardelijk een nieuw huwelijk toeliet, was hierdoor eveneens voor onbepaalde tijd onmogelijk<sup>107</sup>. De Nederlandse wetgever hanteerde tot 1987 een algemene wachttijd van een jaar t.a.v. partners die na een mislukt huwelijk opnieuw met elkaar in het huwelijk wensten te treden<sup>108</sup>.

**52.** Meerdere rechtsstelsels, ook die van E.U.-Lidstaten, leggen hun onderdanen nog steeds een wachtermijn op. De Portugese familiewet stelt een rouwperiode in van 180 dagen voor de man en 300 dagen voor de vrouw<sup>109</sup>. Levert de vrouw een gerechtelijk bewijs dat ze niet zwanger is of dat ze inmiddels bevallen is, dan wordt haar termijn ingekort tot eveneens 180 dagen. Een uitzondering is tevens bepaald voor een aantal situaties waarbij a.h.v. een lange feitelijke scheiding kan worden aangetoond dat een zwangerschap uitgesloten is. De wachtermijn van 180 dagen heeft m.a.w. een louter punitief, of positief verwoord: 'bezinnend' karakter. De bijkomende wachttijd is erop gericht *turbatio sanguinis* te voorkomen.

**53.** De meeste islamitische rechtsstelsels bepalen tevens een onrechtstreekse wachtermijn voor de man die opnieuw wil huwen met de vrouw die hij reeds drie maal verstoten heeft. De derde verstoting is een definitieve, onherroepbare verstoting<sup>110</sup>. Een nieuw huwelijk met dezelfde vrouw is slechts toegelaten als zij inmiddels met een derde gehuwd is geweest<sup>111</sup>. Het tussenliggende huwelijk mag geen schijnhuwelijk zijn.

Eenzelfde wachtermijn geldt naar Joods-Israëliisch recht: twee ex-partners kunnen na drie verstotingen pas terug met elkaar huwen als de vrouw inmiddels een huwelijk met een derde achter de rug heeft<sup>112</sup>.

Een drievoudige verstoting komt evenwel zelden voor. Het beletsel en de eruit voortvloeiende onrechtstreekse wachtermijn, treden bijgevolg niet snel in werking<sup>113</sup>.

---

zou zijn blijven voortbestaan.

<sup>106</sup> L. PALSSON (1981), 341.

<sup>107</sup> A. DYER, in C.I.E.C. (ed.), *Actes et Documents de la treizième session*, l.c., 55-56.

<sup>108</sup> Oud art. 42 par. 1 B.W., opgeheven bij wet van 13 mei 1987. Een derde huwelijk tussen dezelfde personen was overigens verboden, cf. *infra*.

<sup>109</sup> Art. 1604b en 1605 familiewet.

<sup>110</sup> L. ESPOSITO (1982), 1738.

<sup>111</sup> O.m. art. 71 Marokkaanse Mud.; art. 29 § 3 Algerijnse familiewet; art. 47 Mauretaanse familiewet; art. 15 Libanese familiewet.

<sup>112</sup> Art. 15 Israëliische familiewet; A.C.M. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 147.

<sup>113</sup> K. MEZIOU, "Pérennité de l'islam dans le droit tunisien de la famille", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 256.



## - De wachttijd ongeacht het geslacht en het I.P.R.

54. Reeds vóór het baanbrekende arrest van het Hof voor de Mensenrechten in de zaak F t./ Zwitserland van 18 december 1967<sup>114</sup>, waarbij werd aangenomen dat een wachttijd onverenigbaar is met art. 12 E.V.R.M.<sup>115</sup>, werd de regeling van de wachtermijn door meerdere Staten, waaronder Frankrijk, strijdig bevonden met de openbare orde<sup>116</sup>.

55. In de zaak F. tegen Zwitserland had de Zwitserse rechter de vorderende partij, die al meermaals uit de echt was gescheiden op grond van overspel of grove belediging, een bezinningsperiode van drie jaar opgelegd, op grond van de wetsbepaling die hem daartoe aanspoorde. Het Hof oordeelde dat de bepaling een inbreuk vormde op het recht om te huwen. Alle argumenten van de Zwitserse overheid werden door het Hof aan de kant geschoven, zo ook het argument dat de vereiste het huwelijksinstituut en de rechten van anderen beschermt, en dat de vereiste niet zozeer zou verschillen van de huwelijksduur die door alle Europese rechtssystemen wordt gevestigd alvorens een echtscheiding op grond van feitelijke scheiding kan worden bekomen. Het laatste argument werd niet aangenomen, op grond van de stelling dat beide regelingen inzake wachttijd niet vergelijkbaar zijn. Art. 12 E.V.R.M. verleent m.n. geen recht om uit de echt te scheiden. De Staten kunnen vrij bepalen wanneer ze dergelijk recht verlenen. Is iemand eenmaal uit de echt gescheiden, dan geniet hij evenwel bescherming van art. 12 E.V.R.M. en moet hij zijn huwelijksvrijheid onmiddellijk herwinnen.

We komen op dit onderscheid terug n.a.v. de bespreking van de oneigenlijke wachttijd. De beperkingen op het recht om uit de echt te scheiden zijn hoogstens kwalificeerbaar als oneigenlijke wachtermijn voor het huwelijksrecht. Zolang iemand niet uit de echt gescheiden is, kan hij niet opnieuw huwen. Wordt in het echtscheidingsrecht een verzoeningsperiode ingesteld alvorens het echtscheidingsvonnis in werking treedt, dan geldt deze tevens als oneigenlijke wachtermijn om opnieuw te huwen. Dit gebeurt o.m. systematisch t.a.v. islamitische vrouwen na verstoting. Het huwelijk wordt vaak<sup>117</sup> pas na afloop van de *idda*termijn, vaak drie maanden, definitief ontbonden. Tijdens de duur van de termijn kan de man de verstoting nog herroepen. Deze wordt dan zonder meer uitgewist en het huwelijk wordt gewoon hervat. In dat opzicht stelt de *idda*regel geen wachtermijn in om opnieuw te huwen, maar eerder een wachtermijn om uit

<sup>114</sup> Hof Mensenrechten, arrest- F t./ Zwitserland van 18 december 1967, *Publ. Cour eur. D.H.* Serie A, nr. 128, nagevolgd door T.G.I. Paris 14 maart 1988, *R.C.D.I.P.* 1988, 588, noot P.-Y. GAUTHIER.

<sup>115</sup> Hof Mensenrechten, arrest- F t./ Zwitserland van 18 december 1967.

<sup>116</sup> Zie o.m. Cass. fr. 19 november 1934, *D.* 1935, 1, 93 (exceptie van openbare orde tegen een Zwitsers verbod om binnen het jaar opnieuw te huwen). Zie ook nadien: TGI Paris 4 maart 1988, *R.C.D.I.P.* 1988, 588, noot P.Y. GAUTHIER.

<sup>117</sup> Dergelijke herroeping is niet steeds mogelijk. Verschillend van rechtsorde tot rechtsorde komen vormen van verstoting of echtscheiding voor die onmiddellijk onherroepbaar zijn.

de echt te scheiden. Aangezien het vorige huwelijk in de loop ervan nog niet rechtsgeldig is ontbonden, wordt o.i. op wettige wijze een wachttermijn ingesteld.

**56.** De Zwitserse wetgever heeft tot 1998 gewacht om zijn familiewet aan te passen aan de stellingen van het Hof. Art. 150, eerste lid Zwitserse C.C. legde de rechter tot dan op om de schuldige echtgenoot bij echtscheiding als “prix du déshonneur” een wachttermijn op te leggen van minstens een jaar, hoogstens twee jaar. Bij echtscheiding op grond van overspel kon de wachttermijn tot drie jaar bedragen. Het betrof een verbiedend beletsel<sup>118</sup>.

De bepaling was evenwel reeds vóór 1998 door de meeste rechters stilzwijgend materieel buiten werking gesteld. In 1988 heeft een Parijse rechter evenwel nog een aan een Fransman opgelegde wachttermijn strijdig bevonden met de openbare orde en eiseres weliswaar de exequatur van het echtscheidingsvonnis, maar niet die van de wachttijd verleend<sup>119</sup>.

**57.** In steeds meer buurlanden, waaronder Nederland<sup>120</sup>, weigert de rechtspraak sinds het arrest van het Europese Hof systematisch om buitenlandse wachttermijnen toe te passen<sup>121</sup>. De C.I.E.C. van zijn kant bepleitte in een document van 1 juli 1974 om de wachttermijn niet als een nietigheidsgrond, maar als een verbiedend beletsel te beschouwen<sup>122</sup>. Dit voorstel kan niet echt vooruitstrevend genoemd worden, aangezien het dateert van na de veroordeling door het Hof voor de Mensenrechten. Niet alle rechtspraak van meerdere ons omringende landen hield op dat ogenblik evenwel reeds systematisch rekening met het arrest. De eerste stap bestond in meerdere Staten in een afzwakking van de vereiste tot een verbiedend beletsel<sup>123</sup>. Een argument voor deze afzwakking werd o.m. gevonden in de vaststelling dat meerdere Staten in een dispensatieregeling voorzagen<sup>124</sup>. Hiermee gaven ze alvast aan dat ze zelf aan

<sup>118</sup> Art. 130 C.C. bepaalt uitdrukkelijk dat een overtreding van de vereiste geen nietigheidsgrond vormt. Zie ook voorheen de wachttermijn naar Belgisch recht: Brussel 16 december 1959, *J.T.* 1960, 296, m.b.t. het verbod om binnen de drie jaar na een echtscheiding met onderlinge toestemming te hertrouwen; Rb. Brussel 16 december 1967, *J.T.* 1970, 68, m.b.t. het verbod om binnen een termijn van drie jaar te huwen met de persoon met wie men overspel had gepleegd.

<sup>119</sup> TGI Paris 4 maart 1988, *R.C.D.I.P.* 1988, 588, noot P.Y. GAUTHIER.

<sup>120</sup> Dit kan enigszins verwonderen, aangezien Nederland zelf tot 1987 een wachttijd bepaalde van een jaar t.a.v. partners die na een echtscheiding van elkaar opnieuw met elkaar wensten te huwen. Een derde poging was overigens tot 1987 uitgesloten.

<sup>121</sup> Rb. Den Haag 13 maart 1984, *N.I.P.R.* 1985, nr. 99; Rb. 's Gravenhage 12 februari 1985, *N.I.P.R.* 1985, nr. 244; m.b.t. art. 142 Turkse C.C. dat de echtscheidingsrechter oplegt om een wachttermijn van één tot twee jaar te bepalen; L. PALSSON (1981), 47.

<sup>122</sup> A. DYER, *Actes et documents de la 13e session*, o.c., 21-22.

<sup>123</sup> Voorheen pasten bepaalde Franse en Duitse rechters de Zwitserse *Strafwartefrist*-regeling actief toe bij de toekenning van een echtscheiding: referenties in L. PALSSON (1981), 276, noot 892. Na het arrest werd het nog overwegend als een verbiedend beletsel toegepast, op grond van de overweging dat het beletsel geen voldoende uiting gaf aan een lokaal beleid om extraterritoriaal toegepast te worden. Was het huwelijk geldig aangegaan volgens de *lex patriae*, dan werd het erkend in de Staat van de *lex loci celebrandi*, in de Staat van huwelijksvoltrekking en in elke derde staat, ook als er *fraude à la loi* was gepleegd. Hetzelfde gold *mutatis mutandis* in common-lawlanden: L. PALSSON (1981), 48-49.

<sup>124</sup> Zie bv. voor België: Rb. Brussel 9 april 1968, *J.T.* 1968, 566, noot: een Italiaan die opnieuw

het beletsel geen absolute werking toekenden.

**- De wachttijd voor vrouwen, ongeacht of ze al dan niet zwanger zijn, naar buitenlands recht**

**58.** Voor Belgische vrouwen gold na de afschaffing van de algemene wachttijd nog tot de wet van 31 maart 1987 een verbod om te huwen gedurende de eerste 300 dagen na ontbinding van het vorige huwelijk<sup>125</sup>. De wachttermijn was ingesteld om kroostverwarring te voorkomen. De wetgever van 1987 heeft ervoor geopteerd om de bepalingen inzake huwelijk en de afstammingsbepalingen van elkaar los te koppelen en een vaderschapsconflict pas op te lossen indien het rijst. Het beginsel van de huwelijksvrijheid laat hem o.i. geen andere proportionele keuze. Deze weg is overigens de enige efficiënte. De verwachting dat een huwelijksverbod buitenhuwelijkse zwangerschappen zou voorkomen, was immers onrealistisch en leidde meermaals ten onrechte tot een aanduiding van de voormalige echtgenoot als vader<sup>126</sup>.

**59.** Naar Nederlands recht gold tot 1969 ten laste van de vrouw een wachttijd van 300 dagen<sup>127</sup>, zowel na overlijden van de vorige echtgenoot als na echtscheiding. Tussen 1969 en 1998 moest enkel de zwangere weduwe nog een wachttermijn van 306 dagen in acht nemen<sup>128</sup>. De wachttijd is sindsdien definitief afgeschaft<sup>129</sup>.

**60.** Naar Duits recht gold eveneens tot 1998 t.a.v. vrouwen met een voorafgaand ontbonden huwelijk een wachttijd van zes maanden<sup>130</sup>.

---

wenste te huwen, verzocht om ontheffing van de wachttermijn. De Italiaanse huwelijkswet stelde geen wachttermijn in. Uit het feit dat de echtscheiding was uitgesproken in toepassing van Belgisch recht leidde de rechter niettemin af dat ook Belgische wachttermijn om opnieuw te huwen van toepassing was. Hij verleende vrijstelling aan de betrokkenen, op grond van de bijzondere omstandigheid dat ze inmiddels een gemeenschappelijk kind hadden.

<sup>125</sup> Art. 228 B.W. De termijn nam slechts een eind bij de bevalling of bij een miskraam. Ze kon evenwel gerechtelijk worden ingekort mits het bewijs geleverd werd van natuurlijke of morele onmogelijkheid van geslachtsgemeenschap voorafgaandelijk aan de echtscheiding of het overlijden.

<sup>126</sup> Zie ook de parlementaire discussies n.a.v. de afschaffing van de wachttermijn in Duitsland, aangeh. in D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 41, noot 372.

<sup>127</sup> Oud art. 91 BW.

<sup>128</sup> Art. 34, boek 1 N.B.W.; A.C.M. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 271.

<sup>129</sup> *Stb.* 1997, 772, in werking sinds 1 april 1998. Voor de redenen van afschaffing: zie Memorie van Antwoord, *Kamerstukken II*, 24.649, nr. 6, p. 9.

<sup>130</sup> Voormalig § 8 Ehegesetz, afgeschaft door het Eheschliessungsgesetz, in werking sinds 1 juli 1998: R. KEMPER, Commentaar bij § 1306-1308 BGB, in H. DORNER, I. EBERT e.a. (eds), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 1386; J. VAN DE VELDE, o.c., uitgave 2001, vermeldt ten onrechte dat de wachttermijn zou zijn blijven voortbestaan. Hierover ook: C. BOHMER, "Sind noch alle Eheverbote zeitgemäß?", *StAZ.* 1991, 129, die het huwelijksbeletel overbodig en daarom ongerechtvaardigd beoordeelt, aangezien de vaderschapsregel, die t.a.v. de vorige echtgenoot een vermoeden van vaderschap instelt mits het kind is geboren binnen de 302 dagen na echtscheiding, het belang van de tweede echtgenoot, de moeder en het kind voldoende beschermt.

61. Meerdere buitenlandse rechtsstelsels onderwerpen de uit de echt gescheiden vrouw en weduwe tot op vandaag aan een wachttijd van 300 dagen<sup>131</sup> of 10 maand<sup>132</sup> alvorens ze opnieuw kunnen huwen<sup>133</sup>. De meeste beperken hun gestrengheid daarbij tot de doelstelling om kroostverwarring te voorkomen<sup>134</sup>. Dit blijkt uit het feit dat vaak wordt voorzien in vrijstellings- en inkortingsregelingen. De Franse C.C. bv. bepaalt een verval van de termijn t.b.v. de vrouw die in de loop ervan bevalt, de vrouw wier echtgenoot is overleden en de vrouw die een certificaat voorlegt waaruit blijkt dat ze niet zwanger is<sup>135</sup>. De rechter kan de termijn tevens inkorten als voldoende zeker blijkt dat de vorige echtgenoot gedurende driehonderd dagen niet met de vrouw heeft samengeleefd. Het beletsel wordt sinds de jaren 1930 toegepast als prohibitief beletsel, vanuit het besef dat een vernietiging niet ongedaan kon maken dat zich reeds een risico op *turbatio sanguinis* had voorgedaan<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> O.m. art. 246 familiewet Burkina-Faso. De wachttijd loopt af na een eerstvolgende bevalling of één maand nadat het bewijs wordt geleverd dat de vrouw niet zwanger is. Is de echtscheiding voorafgegaan door een lange termijn van feitelijke scheiding, dan kan eveneens vrijstelling worden verleend. Zie ook familiewet Bolivia (met vrijstelling na bevalling of wanneer geslachtelijke omgang tijdens de laatste tien maanden onmogelijk was), Brazilië, Burkina-Faso, Burundi, Congo-Kinshasa, Costa-Rica, Ecuador (art. 133 familiewet: ook bij nietigverklaring van het huwelijk. Een nieuw huwelijk met dezelfde partner als de vorige echtgenoot wordt daarentegen niet aan een wachtermijn onderworpen. Hetzelfde geldt wanneer een kind wordt geboren en de vorige echtgenoot het erkent, of wanneer hij zijn vaderschap van een kind heeft betwist, of wanneer de echtscheiding volgt op een vrijwillige verlaten sinds meer dan één jaar), Egypte, El Salvador, Italië (art. 89 C.C.), Luxemburg (art. 228 C.C.), Mexico, Nicaragua, Rwanda, Senegal, Tsjaad, Thailand (310 dagen), Turkije, Uruguay (301 dagen), Venezuela: J. VAN DE VELDE, o.c.

<sup>132</sup> O.m. art. 228 en 261 Franse C.C.; art. 103 Burundese familiewet (de Burundese vrouw wordt slechts vrijgesteld wanneer haar vroegere echtgenoot overlijdt na een eerstvolgende bevalling); art. 183 Braziliaanse familiewet: voor een weduwe (zie J. VAN DE VELDE, o.c., 55).

<sup>133</sup> Andere wachttijden: de wachttijd bedraagt negen maanden in Chili; zes maanden in China, Ethiopië, Guatemala (slechts ingesteld na echtscheiding), Zuid-Korea en Madagascar. Naar joods-Israëliisch recht bedraagt ze negentig dagen. Bij zwangerschap loopt de wachttijd door tot de geboorte van het kind; bij zoging van een kind tot de afloop ervan. Een huwelijk met de vader van het kind is wel toegestaan tijdens deze periode: BERGMANN en FERID, o.c., 106; A.C.M. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 147. Z.W. FALK, *I.c.*, nr. 91-95, stelt dat Yoreh De'ah 374:4 en 392:2 na overlijden een jaar rouw instelt. Een weduwnaar daarentegen mag onmiddellijk opnieuw huwen als hij minderjarige kinderen heeft, of nog geen zoon en dochter. Een man is m.a.w. enkel aan de rouwperiode onderworpen als al zijn zoons en dochters meerderjarig zijn.

<sup>134</sup> Aan sommige regelingen ligt evenwel tevens een moraliserend of punitief oogmerk ten grondslag. Cf. *infra*, ook verderop, bij onze bespreking van het verbod voor overspeligen om te huwen. Ook de islamitische rechtsstelsels koppelen de vereiste rechtstreeks aan de doelstelling om *turbatio sanguinis* te voorkomen. Vele rechtsordes hanteren evenwel een verschillende termijn naargelang het huwelijk is ontbonden door echtscheiding of door overlijden van de man. De termijn na echtscheiding bedraagt vaak drie menstruaties, terwijl voor weduwen een langere termijn van vier maand en tien dagen is bepaald. Dit verschil in termijn geeft aan dat de wachtermijn tevens gedeeltelijk als rouwtermijn wordt beschouwd.

<sup>135</sup> Dat laatste ongeacht de wijze waarop het huwelijk is beëindigd: art. 228, tweede lid C.C. Deze versoepeling werd ingevoerd bij wet van 19 februari 1933: A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1934, 143.

<sup>136</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, Paris, Presses universitaires de France, 1967, 334 (dat risico kan vanzelfsprekend nooit worden uitgesloten, cf. *supra*). Gedurende geruime tijd paste Frankrijk zijn eigen regeling toe als beletsel van openbare orde. De Franse rechter beschouwde de eigen huwelijksbeletsel als *minimum minimorum*: B.C.H. AUBIN, H. NEUMAYER en P.

62. Naar Boliviaans recht<sup>137</sup> wordt een weduwe met kinderen verboden om opnieuw te huwen zolang geen vermogensrechtelijke regeling is getroffen en de kinderen hun erfdeel niet zijn uitbetaald.

In Paraguay geldt niet langer een wachttijd. Wél verliest de zwangere weduwe die binnen de 300 dagen opnieuw huwt haar erfrechten t.a.v. de vooroverleden echtgenoot<sup>138</sup>.

63. De meeste van de genoemde rechtsstelsels zijn het beletsel van de wachtermijn na verloop van termijn meer gaan relativeren en hebben het herleid tot een verbiedend beletsel waarvan dispensatie mogelijk is of wettelijk vrijstelling wordt verleend als een zwangerschap kennelijk uitgesloten is<sup>139</sup>. Ook wordt algemeen aangenomen dat als de echtscheiding naar de *lex patriae* van één van de echtgenoten hinkt, voor de bepaling of al dan niet een wachttijd geldt alvorens men opnieuw kan huwen, verwezen wordt naar de wet in toepassing waarvan de echtscheiding is uitgesproken. In dat geval genieten vreemdelingen met verblijf in België in het merendeel van de gevallen – we veronderstellen dat ze ook in België uit de echt zullen scheiden – toepassing van Belgisch recht, i.e. vrijstelling van de wachtermijn die mogelijk geldt in toepassing van hun *lex patriae*<sup>140</sup>.

#### - De wachttijd voor zwangere vrouwen

64. Naar Joods recht kan een zwangere vrouw gedurende twee jaar vanaf het begin van de zwangerschap slechts huwen met de vader van haar kind, ook als ze voorheen nog niet gehuwd was. De islamitische rechtsstelsels laten een vrouw overigens zonder beperking in de tijd slechts toe om met de vader van haar kinderen te huwen. Via de constructie van de retro-actieve wettigende huwelijken kan hier evenwel een mouw aan worden gepast<sup>141</sup>.

65. Zoals we reeds aangaven, had de wachttijdregeling in Nederland tussen 1969 en 1998 nog louter betrekking op zwangere weduwen<sup>142</sup>. Vanaf de leeftijd van 53 jaar was de Nederlandse vrouw vrijgesteld. Haar wachttijd liep overigens systematisch af zodra ze was bevallen van een kind, een certificaat kon voorleggen dat bevestigde dat ze niet zwanger was of bewees dat ze vóór de

---

FRANDESCAKIS (ed.), *Internationales Familienrecht*, Tübingen, Eugen Göbel, 1955, 38-39. Dat gebeurt ook vandaag nog m.b.t. de huidige beletselen: H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, L.G.D.J., 1983, 44.

<sup>137</sup> Art. 51 Familiecode Boliviaë.

<sup>138</sup> Art. 146 familiewet.

<sup>139</sup> L. PALSSON (1981), 279-280.

<sup>140</sup> J. ERAUW (1985), 178; E. GULDIX en R. DE WIT, "De internationale echtscheiding", in M. MAUS en F. MOEYKENS (eds), *Het echtscheidingsrecht geactualiseerd*, Brugge, Die Keure, 1996, 155; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), 311, G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 235.

<sup>141</sup> O.m. F. GAMILLSCHEG, in G. STAUDINGER, *Internationales Privatrecht. Internationales Eherecht*, Berlin, Schweitzer, 1973, nr. 387. Meer hierover: Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 212 e.v.

<sup>142</sup> Cf. *supra*, oud art. 1:34 B.W.

echtscheiding of het overlijden van haar man reeds 306 dagen gescheiden van hem had gewoond<sup>143</sup>. Het betrof overigens slechts een verbiedend beletsel<sup>144</sup>.

De Nederlandse overheid heeft geruime tijd de opvatting verdedigd dat de wachttijd niet ingaat tegen het gelijkheidsbeginsel van art. 14 j° 12 E.V.R.M. of van art. 16 Vrouwenverdrag, omdat het belang van het kind in dit verband primeert<sup>145</sup>. Het verschil in behandeling op grond van geslacht werd verantwoord met een verwijzing naar de onvergelykbaarheid van beide situaties wegens het biologische verschil tussen man en vrouw<sup>146</sup>.

De vraag is evenwel of de maatregel in een redelijke verhouding stond tot het nagestreefde doel en de vrijheid van de vrouw niet onnodig beperkte<sup>147</sup>. Bepaalde auteurs stelden mettertijd verzachtingen voor, bv. door een nieuw huwelijk toe te laten mits de vrouw bewees dat haar vorige echtgenoot niet de vader kon zijn. Ook deze voorwaarde zou o.i. nog een stap achteruit hebben betekend in het licht van de conclusies van het arrest-Marckx, waarbij het huwelijksrecht en het afstammingsrecht van elkaar werden losgekoppeld.

**66.** Eenmaal gehuwd kan o.i. beter een regeling worden getroffen, zoals in België is gebeurd met art. 318, § 3 B.W., die de moeder in de mogelijkheid stelt om zonder meer gegrond te worden verklaard in haar vordering tot betwisting van het vaderschap van haar vroegere echtgenoot, bij zwangerschap in een periode die toelaat te vermoeden dat hij niet de vader is. De voormalige echtgenoot ziet zijn positie daarbij slechts beschermd als het kind inmiddels bezit van staat van kind van hem heeft of als hij feitelijk herenigd was met de moeder ten tijde van de verwekking.

#### **- De wachtermijn t.a.v. vrouwen en het I.P.R.**

**67.** Meerdere Duitse rechters en auteurs oordeelden reeds vóór de afschaffing van de wachttijdregeling dat de voormalige regeling van § 8 Ehegesetz geen deel uitmaakte van de Duitse internationaalprivaatrechtelijke openbare orde. Soepeler

<sup>143</sup> Oud art. 1:34 par. 2 B.W.

<sup>144</sup> Oud art. 1:72 B.W.

<sup>145</sup> Tweede Kamer 1984-1985, 18.950 (R 1281), nrs 1-3, Memorie van Toelichting, 29; S. RUTTEN, "Vrouwen en het internationaal privaatrecht", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (1994), 257, noot 4; C.J. FORDER, "In het gezinsleven: 'different but equal'", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (1994), 243. Dezelfde opvatting is S. WORTMANN, "Mensenrechten en het personen- en familierecht", *N.J.C.M.* 1986, afl. 2, 129, toegedaan.

<sup>146</sup> Tweede vervolgnota op de nota "Anders Geregeld", *Kamerstuk* 15401, nr. 5, p. 7, n.a.v. de herzieningen van boek 1 B.W. in het licht van het gelijkheidsbeginsel, bij wet van 30 augustus 1984, *Stb.* 404. S.F.M. WORTMANN, "Mensenrechten en het personen- en familierecht", *N.J.C.M.* 1986, afl. 2, 130, zag in het belang van het kind de enige rechtvaardiging en stelde zich tegelijk de vraag waarom ten tijde van zijn commentaar niet eenzelfde wachtermijn gold na echtscheiding. De wetgever leek er impliciet mee te suggereren dat het kind dan wel geen kind van de vroegere echtgenoot zal zijn. De bepaling is later gewijzigd, in de zin van Wortmanns slotvoorstel.

<sup>147</sup> C.J. FORDER, "In het gezinsleven: 'different but equal'", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (1994), 243.

buitenlands recht kon toegepast worden, mits het de doelstelling van het huwelijksverbod niet in het gedrang bracht<sup>148</sup>. Een huwelijk kon in Duitsland worden aangegaan zonder dat rekening werd gehouden met enige wachttijd, als het nationale recht van beide huwelijkskandidaten dat toeliet.

Het bestaan van een eigen regeling bleek omgekeerd tot gevolg te hebben dat een zwaardere wachttermijn naar buitenlands recht niet geacht werd de exceptie van openbare orde te stuiten en toegepast moest worden. Dispensatie kon slechts worden verleend als het nationale recht in die mogelijkheid voorzag<sup>149</sup>.

Vandaag wordt een buitenlandse wachttermijn vermoedelijk nog steeds toegepast<sup>150</sup>, mogelijk slechts als verbiedend beletsel<sup>151</sup>. Een vergelijking met de evolutie die de I.P.R.-benadering heeft doorgemaakt in andere landen laat ons evenwel vermoeden dat hierin verandering zal komen.

68. Voorheen legden o.m. Frankrijk<sup>152</sup>, Zwitserland<sup>153</sup> en Nederland<sup>154</sup> hun wachttermijn als minimumnorm op aan vreemdelingen. Ze beschouwden de voorwaarde m.a.w. als van openbare orde. Mettertijd is de ons bekende rechtspraak daarop teruggekomen. Steeds vaker werd geopperd om de wachttermijnregeling toe te passen als verbiedend unilateraal<sup>155</sup> beletsel. AUDIT

<sup>148</sup> O.m. F. GAMILLSCHEG, *l.c.*, nr. 389; M. WOLFF, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Springer, 1933, 191.

<sup>149</sup> F. GAMILLSCHEG, *l.c.*, nr. 392.

<sup>150</sup> Een beperkte literatuurstudie leidde alvast niet tot tegengestelde conclusies. Volgende recente uitgaven inzake I.P.R. staan niet stil bij een mogelijke gewijzigde aanpak n.a.v. de interne wetswijziging: J. KROPHOLLER, *Internationales privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 324; B. VON HOFFMANN, *Internationales Privatrecht*, reeks Jus Schriftenreihe, München, C.H. Beck, 2000, 265. In volgende uitspraak kwam de Algerijnse wachttermijn onrechtstreeks ter sprake. Door deze termijn zonder meer als een realiteit te benaderen, wekte de rechter de indruk dat ze nog steeds wordt toegepast: OLG Zweibrücken Senat zur Familiensachen 11 december 1998, (toewijzing van een vordering tot onderhoud door de uit de echt gescheiden vrouw, terwijl het Algerijnse recht daar na verloop van de *idda* nochtans niet in voorziet. Regeling naar Duits recht, na inroeping van de openbare-orde-exceptie, wegens behoefte van vrouw en kinderen).

<sup>151</sup> De vroegere Belgische wachttijdregeling werd voorheen alvast als verbiedend beletsel gekwalificeerd: Zie ook voor België: Brussel 16 december 1959, *J.T.* 1960, 296; Rb. Brussel 16 december 1967, *J.T.* 1970, 68.

<sup>152</sup> F. GAMILLSCHEG, *l.c.*, nr. 391; H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), II, 38; J.-M. BISCHOFF, "Mariage", *Rép. Dalloz dr. int.*, nr. 63.

<sup>153</sup> F. GAMILLSCHEG, *l.c.*, nr. 391. Een uitzondering of inkorting wordt slechts toegestaan als de partners achteraf opnieuw met elkaar willen huwen: GOTZ, "Art. 17 - art. 103 ZGB", *Berner Kommentar*, o.c.

<sup>154</sup> O.m. Rb. Amsterdam 19 november 1925, *N.J.* 1926, 391; Rb. Rotterdam 5 februari 1937, *N.J.* 1937, nr. 482: *in casu* stond de Noorse wet slecht een huwelijksontbinding toe mits de partners sinds een jaar na een voorafgaande uitspraak tot scheiding van tafel en bed niet meer hadden samengewoond. Het betrof m.a.w. een oneigenlijke wachttermijn (*cf. infra*), waar de openbare orde zich o.i. niet tegen verzet. De vraag om opnieuw te huwen stelde zich pas na afloop van die periode. De rechter besloot dat de voorwaarde van art. 91 B.W. was vervuld.

<sup>155</sup> O.m. F. GRAULICH, o.c., 108 voor de voormalige Belgische aanpak. Deze kwalificatie getuigt van *favor matrimonii*, aangezien hierdoor slechts de *lex patriae* van de vrouw haar tot een wachttermijn kan dwingen. Meerdere Duitse auteurs menen daarentegen dat het een bilateraal beletsel betreft, op grond van de overtuigende motivering dat de *ratio legis* van de termijn erin bestaat om twijfels inzake vaderschap te vermijden. De wet van de vader wordt m.a.w. best

suggereert overigens, als één van de auteurs die in de vereiste geen louter publiekrechtelijke, maar een privaatrechtelijke vereiste ziet, om bij huwelijkssluiting in Frankrijk geen regeling toe te passen die minder soepel is dan de Franse. Kent de buitenlandse wet geen dispensatieregeling, dan moet de Franse regeling toepassing kunnen vinden. De mogelijkheid naar Frans recht om een certificaat van niet-zwangerschap voor te leggen, kan m.a.w. volgens Audit als politiewet worden beschouwd en de bovenhand halen op buitenlandse wetten die dat niet toelaten<sup>156</sup>.

69. Wij herhalen ons voorstel om het beletsel van de wachttijd voor vrouwen volledig buiten toepassing te laten, in het licht van de huwelijksvrijheid<sup>157</sup>. Ons voorstel vindt steun in de uitkomst van voormalige afwijkingen van het beletsel door Staten die zelf nooit een wachttermijnregeling gekend hebben<sup>158</sup>. Deze afwijkingen blijken overwegend succesvol geweest te zijn, ook in het licht van de internationale beslissingsharmonie, mede omdat de beletselen in de meeste Staten slechts verbiedende werking hebben of hadden<sup>159</sup>.

### - De wachttijd voor de overspelige echtgenoot

70. Bepaalde Staten, waaronder Pennsylvania<sup>160</sup>, hanteren een wachttermijn voor overspelige echtgenoten die na echtscheiding opnieuw in het huwelijk willen treden, soms enkel als de huwelijksplannen betrekking hebben op de minnaar/minnares in overspel, soms ongeacht wie de kandidaat-echtgenoot is. Voorheen stelden o.m. de Franse<sup>161</sup> en de Zwitserse familiewet een wachttermijn voor overspeligen in. Vandaag wordt t.a.v. overspeligen voornamelijk nog de zwaardere sanctie van een onderling huwelijksverbod toegepast<sup>162</sup>.

71. Een Brussels vonnis van 1967 bevestigde dat het toenmalige<sup>163</sup> Belgische verbod om binnen een termijn van drie jaar te huwen met de persoon met wie

---

eveneens toegepast. We beseffen dat ons voorstel een risico op hinkende rechtsposities inhoudt, maar willen de keuze aan de partners laten.

<sup>156</sup> B. AUDIT (2000), 544. In het verleden gebeurde dat alvast niet in Frankrijk, noch in Duitsland: L. PALLSON (1981), 282.

<sup>157</sup> Zie ook: W.A. DE HONDT en N. HOLTRUST, "VN-verdrag en familierechtelijke ongelijkheden", *Nemesis* 1984, 331-333 (strijdig met art. 16 Vrouwenverdrag). *Contra*: D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 180: de verschillende behandeling van man en vrouw is verantwoord wegens de doelstelling om kroostverwarring te voorkomen. onvergelykbaarheid wegens biologisch verschil; F. PALM-RISSE (1990), 162-164.

<sup>158</sup> L. PALLSON (1981), 283. Zie bv. Rb. Brussel 16 december 1967, *J.T.* 1970, 68, m.b.t. het verbod gedurende drie jaar vanaf de echtscheiding voor overspeligen om met elkaar te huwen.

<sup>159</sup> O.m. H. DOLLE, o.c., 138, voor het Duitse recht en GOTZ, o.c., "Art. 103", nr. 16 en "Art. 130", nr. 4 voor het Zwitserse recht.

<sup>160</sup> De overspelige kan niet met zijn partner in overspel huwen zolang de vorige echtgenoot nog leeft: BERGMANN en FERID, o.c., 197.

<sup>161</sup> J. RUBELLIN-DEVICHI (ed.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1993, 26.

<sup>162</sup> *Cf. infra*.

<sup>163</sup> Art. 295 B.W., afgeschaft bij wet van 15 mei 1972. Sinds de wet van 30 juni 1956 konden de twee voormalige echtgenoten wél alvast zonder termijn opnieuw met elkaar in het huwelijk treden.



men overspel had gepleegd, louter verbiedende werking had<sup>164</sup>. De opwerping dat de betrokkenen opzettelijk in het buitenland waren gehuwd om aan het Belgische verbod te ontsnappen, m.a.w. dat ze *fraude à la loi belge* hadden gepleegd, werd buiten beschouwing gelaten.

We gaven hierboven aan dat ook de I.P.R.-rechter zich mettertijd liet leiden door *favor matrimonii* en aan de corresponderende buitenlandse huwelijksbeletselen eenzelfde kwalificatie verleent. *Fraude à la loi* wordt ruim door de vingers gezien<sup>165</sup>.

Meerdere auteurs steunen deze aanpak o.m. op het argument dat de wachttermijn voor overspeligen als strafmaatregel louter territoriale werking heeft en bijgevolg niet moet worden toegepast in een andere Staat dan deze die ze instelt<sup>166</sup>. We sluiten ons evenwel aan bij de tegengestelde opvatting. Door het beletsel op te nemen in een privaatrechtelijke regeling, geeft de instellende overheid aan dat ze er een ruimere dan louter publiekrechtelijke werking aan verleent<sup>167</sup>.

Het beletsel kan o.i. algemeen buiten toepassing worden gelaten, zij het op een geheel andere grond: het beletsel begaat een inbreuk op het beginsel van de huwelijksvrijheid.

### - Algemene evaluatie van de eigenlijke wachttermijn

**72.** We menen dat een eigenlijke wachttermijn, in welke verschijningsvorm ook, niet verenigbaar is met art. 12 E.V.R.M.<sup>168</sup> In bepaalde hypothesen is de vereiste discriminatoir en hierdoor strijdig met art. 12 j° 14 E.V.R.M. en art. 9 j° 21 of 23 Handvest Grondrechten E.U. (binnen de grenzen van zijn toepassingsgebied). De verantwoording dat een wachttijd voor vrouwen na een vorig huwelijk kroostverwarring moet voorkomen, voldoet o.i. niet. Via een toepassing van de Belgische vaderschapsregel die een variant kent ingeval van verwekking in een periode waarin reeds gerechtelijke stappen werden gezet om het huwelijk te ontbinden<sup>169</sup>, kan worden bepaald wie de vader van het kind is. Daartoe hoeft geen wachttijd ingesteld te worden. Zodra een echtscheiding definitief is,

<sup>164</sup> Rb. Brussel 16 december 1967, *J.T.* 1970, 68.

<sup>165</sup> Dat geldt in de meeste westers-continentale en common-lawstaten: L. PALSSON (1981), 279 resp. 78. Zie nochtans o.m. art. 190-1 Franse C.C. die expliciet voorziet in een vorderingsrecht bij *fraude à la loi*, t.b.v. het O.M. en de echtgenoot te goeder trouw.

<sup>166</sup> F. BOULANGER (1992), II, 227; F. GAMILLSCHEG, *I.c.*, nr. 394; M. WOLFF, *o.c.*, 69; H. DOLLE, *o.c.*, I, 136; G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, *o.c.*, 341; L. PALSSON (1981), 164; J.-M. BISCHOFF, "Mariage", *Rép. Dalloz dr. int.*, nr. 3; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (2001), nr. 306.

<sup>167</sup> O.m. B. AUDIT (2000), 544; H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, L.G.D.J., 1983, 45. Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnr. 66 e.v. (i.h.b. randnr. 92).

<sup>168</sup> Zie ook o.m. F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 127-130; C.J. FORDER, "In het gezinsleven: 'different but equal'", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (1994), 243.

<sup>169</sup> Art. 318, § 3 B.W.

genieten de partners ingevolge art. 12 E.V.R.M. het recht om een nieuw huwelijk aan te gaan. Dit volgt rechtstreeks uit de uitspraak van het Hof voor de Mensenrechten in de zaak F. t. Zwitserland.

Deze redenering sluit niet uit dat een oneigenlijke wachttermijn wél toelaatbaar kan zijn, m.n. indien echtscheiding tijdens die termijn niet mogelijk is of indien de termijn dienst doet als verzoeningsperiode na de echtscheiding of verstoting, tijdens dewelke de huwelijksontbinding herroepen kan worden. We gaan hier zo dadelijk nader op in.

### C.1.B. DE ONEIGENLIJKE WACHTTERMIJN ALS HUWELIJKSBELETSEL

73. Naast de eigenlijke wachttermijn – i.e. de termijn tussen een echtscheiding of het overlijden van de vorige echtgenoot en de datum vanaf wanneer men een nieuw huwelijk mag aangaan - kennen sommige rechtsstelsels een verplichting om alvorens definitief uit de echt te scheiden een verzoeningsperiode door te maken. Dit is de oneigenlijke wachttermijn. Ook op deze manier wordt een opvolgend huwelijk tijdelijk verboden<sup>170</sup>. Aangezien er geen mensenrecht om uit de echt te scheiden bestaat, kan dergelijke wachttermijn evenwel niet als een inbreuk op het recht om te huwen worden beschouwd.

74. We gaven reeds aan dat de islamitische rechtsstelsels alle een oneigenlijke wachttermijn, 'idda' instellen. Deze vereiste stelt de doelstelling om *turbatio sanguinis* te voorkomen centraal<sup>171</sup>. De betreffende familiewetten leggen over het algemeen een wachttermijn op van drie volle menstruaties<sup>172</sup> of vier maanden en tien dagen<sup>173</sup>, of van drie maanden voor de vrouw in haar menopauze<sup>174</sup>. Heeft een vrouw een onregelmatige cyclus en menstrueert ze sinds geruime tijd niet

<sup>170</sup> Of zie ook voorheen (m.n. tot 27 februari 1997) het verbod naar Iers recht om uit de echt te scheiden. Hierover: F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 92 en 98.

<sup>171</sup> Vele rechtsordes hanteren evenwel een verschillende termijn naargelang het huwelijk is ontbonden door echtscheiding of door overlijden van de man. De termijn na echtscheiding bedraagt vaak drie menstruaties, terwijl voor weduwen een langere termijn van vier maand en tien dagen is bepaald. Dit verschil in termijn geeft aan dat de wachttermijn tevens gedeeltelijk als rouwtermijn wordt beschouwd.

<sup>172</sup> Art. 25 en 72-79 Mud. Hierover uitgebreid: L. JORDENS-COTRAN, "De ontbinding van het marokkaanse huwelijk (II)", *M.R. (Ndl.)* 1990, 67; Y. LINANT DE BELLEFONDS (1965), 127-133; K. MEZIOU, *I.c.*, 256; J.J. NASIR (1990), 22 en 99-102. De Koeweitse regeling vereist drie menstruaties, samen niet korter dan 60 dagen. De Tunesische en Iraakse wet rekenen louter in termen van drie maanden. Art. 44 en 111-113 Mauretaanse familiewet doet de termijn bij zwangerschap lopen tot aan de geboorte. Na echtscheiding bedraagt hij drie menstruaties, met een maximum van twaalf maanden. Voor vrouwen in de menopauze bedraagt hij drie maanden. Voor weduwen bedraagt de wachttijd vier maand en tien dagen. Zie ook art. 38 Tanzaniaanse familiewet voor moslimvrouwen. Art. 11 Indonesische familiewet en Regeringsverord. Nr. 9/1975 van 1 april 1975; Drie maanden in Jordanië, Irak, Mali, Japan en Madagascar. Maleisië: 3 maanden voor de gescheiden islamitische vrouw; niet-moslims zijn niet onderworpen aan een wachttijd.

<sup>173</sup> Vier maanden en tien dagen: art. 121-127 Syrische familiewet en art. 58-59 Algerijnse familiewet bij overlijden (drie menstruatieperiodes bij echtscheiding); Mauretaanse en Indonesische weduwen (cf. voorgaande noot); Somalische familiewet, Tunesische familiewet.

<sup>174</sup> O.m. naar Mauretaans, Marokkaans, Algerijns, Marokkaans recht.

meer, dan kan de termijn worden verlengd tot een jaar<sup>175</sup>. Is de vrouw zwanger, dan loopt de wachttijd tot aan de bevalling.

Ook al vonden we deze regel niet expliciet terug in de geraadpleegde wetgevingen, in de praktijk blijkt dat geen *idda*periode wordt opgelegd als het huwelijk niet geslachtelijk is voltrokken<sup>176</sup>. Ook blijkt impliciet uit de regeling dat ze een gelijke behandeling van man en vrouw instelt: zolang de vrouw in haar wachtermijn (*idda*) zit, kan ook de man niet opnieuw huwen. Dit volgt uit de regel dat de echtscheiding pas na verloop van de *idda*-periode definitief is<sup>177</sup>. Tot zolang moet de vrouw voort worden onderhouden door de man die haar verstootte<sup>178</sup> en kan de verstoting worden herroepen.

Het betreft slechts een verbiedend beletsel<sup>179</sup>.

**75.** Ook in meerdere Europese rechtsstelsels komen oneigenlijke wachtermijnen voor. Naar Belgisch recht kan een verzoekschrift om met onderlinge toestemming uit de echt te scheiden pas worden neergelegd als beide partners minstens twintig jaar oud zijn en sinds minstens twee jaar gehuwd zijn<sup>180</sup>.

Voorheen gold overigens een verbod om uit de echt te scheiden eens men twintig jaar was gehuwd. Ook kon een man tot de wet van 20 november 1969 niet uit de echt scheiden van zijn vrouw, eens zij ouder was dan vijfenveertig jaar<sup>181</sup>. De minimumleeftijd om uit de echt te scheiden was vóór de genoemde wet overigens bepaald op 25 jaar voor een man en 21 jaar voor een vrouw<sup>182</sup>. Nadien heeft hij nog geruime tijd 23 jaar bedragen.

Volgens bepaalde auteurs zijn deze beletselen niet van openbare orde<sup>183</sup>.

**76.** In het licht van deze vergelijking met beperkingen naar intern recht, in

<sup>175</sup> O.m. de Jordaanse wet: als de vrouw die in de loop van drie maanden maar twee menstruaties heeft gehad, en niet haar menopauze ingaat, wordt de *idda* verlengd, desnoods tot een volledig maanjaar: J.J. NASIR (1990), 99.

<sup>176</sup> L. ESPOSITO, *Women in Muslim family law*, New York, Syracuse University Press, 1982, 21.

<sup>177</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 114, merkt op dat de vrouw de *idda*periode kunstmatig kan verlengen, aangezien ze op haar eed wordt geloofd wat betreft de bepaling van het ogenblik waarop de derde menstruatie is doorlopen. Aangezien ze tot de afloop van de *idda*periode wordt onderhouden, heeft ze er voordeel bij om dergelijke fraude te plegen (zie ook M. CHAFI, *Code du statut personnel annoté*, Marrakech, Walili, 1996, 137). V. VAN DEN EECKHOUT maakt terecht gewag van misbruik van recht, aangezien de man wordt opgesloten in het vorige huwelijk zolang de vrouw dat wenst (Y. MERON, "L'accomodation de la répudiation musulmane", *R.I.D.C.* 1995, 933, moedigt dergelijk misbruik nochtans aan).

<sup>178</sup> Hierover o.m. R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Paris, L.G.D.J., 2002, 56 e.v.

<sup>179</sup> L. ESPOSITO (1982), 22. Zie ook impliciet V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 114. We vonden deze kwalificatie evenwel niet expliciet terug in de betreffende regelgevingen.

<sup>180</sup> Art. 275 en 276 B.W.

<sup>181</sup> Toenmalig art. 277 B.W.

<sup>182</sup> Toenmalig art. 275 B.W.

<sup>183</sup> B. HANOTIAU, "Examen de jurisprudence. Droit international privé. Les personnes et les relations familiales (1974-1979)", *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 254.

toepassing waarvan ook Belgen vandaag nog steeds omwille van hun leeftijd of de korte duur van hun huwelijk een wachttermijn wordt opgelegd die tot meer dan twee jaar kan bedragen, tenzij ze zware feiten kunnen aantonen op grond waarvan ze een foutechtscheiding bekomen en de aanvaarding van dergelijke wachttermijnen<sup>184</sup> en hun loutere veroordeling door het Hof voor de Mensenrechten als het beginsel van de redelijke termijn werd overschreden<sup>185</sup>, menen we te mogen besluiten dat systematische verzoeningsperiodes van drie of vier maanden de openbare orde niet stuiten<sup>186</sup>.

77. Bepaalde Belgische rechters bevestigden dit reeds impliciet door de *iddaperiode* mee in overweging te nemen bij de beoordeling van de geldigheid van een buitenlandse verstoting of echtscheiding van een moslimvrouw<sup>187</sup>. Pas na afloop ervan kon de echtscheiding in België erkend en desgevallend overgeschreven worden. Een verstoting kan immers slechts worden erkend als ze onder gelijkaardige omstandigheden als een Belgische echtscheiding tot stand is gekomen (art. 570 Ger. W.) en vergelijkbare rechtsgevolgen ressorteert<sup>188</sup>. Hiermee wordt het beginsel van de oneigenlijke wachttermijn ook via I.P.R.-beslissingen inzake echtscheiding erkend<sup>189</sup>.

78. Het internationaal verdragsrecht laat zich niet uit over deze vereiste. We gaan ervan uit dat, zoals de Brussel-II-Verordening<sup>190</sup> expliciet verwoordt voor Europese uitspraken, een buitenlandse echtscheiding wordt erkend onder de voorwaarden die de door het I.P.R. aangewezen recht stelt, tenzij ze in strijd met de openbare orde tot stand is gekomen. Een redelijke wachttermijn (*cf. supra*) staat hier vermoedelijk niet aan in de weg.

<sup>184</sup> E.C.R.M. nr. 30309/96, zaal-K.M. t. V.K., 9 april 1997, *onuitg.*, aangeh. in D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 180.

<sup>185</sup> Hof mensenrechten, arrest-Bock t. Duitsland van 29 maart 1989, *Serie A*, nr. 150, § 49: schending gezien de 'bijzondere diligentie die vereist is in de materie van staat en bekwaamheid van personen'; wachttijd van meer dan negen jaar *in casu*; zie ook o.m. arrest-Taiuti t. Italië van 24 januari 1992, *Serie A* nr. 229-I; arrest-Maciariello t. Italië van 24 januari 1992, *Serie A* nr. 230-A; arrest-Gana t. Italië van 24 januari 1992, *Serie A* nr. 230-H. Geen schending als de verlenging van de duur het gevolg is van een bemiddelingspoging buiten de rechter om die niet aan de overheid toe te schrijven is: arrest-Laino t. Italië van 18 februari 1999, *Report of judgments and decisions* 1999-I, 361, § 22.

<sup>186</sup> In dezelfde zin: V. VAN DEN EECKHOUT (1997), 260; V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), nr. 161.

<sup>187</sup> In toepassing van Omz. 13 maart 1980 tot wijziging van de punten II en III van de omzendbrief van 27 juni 1978 betreffende sommige problemen inzake vreemdelingen, B.S. 18 maart 1980.

<sup>188</sup> Zie ook de telefonische getuigenis (na bevraging) van de VLAVABBS dat een echtscheiding pas wordt overgeschreven in de Belgische registers als hij definitief is.

<sup>189</sup> Zie ook aanvaarding ervan in o.m. Canada en Australië: L. PALSSON (1981), 268. L. PALSSON (1981), 270, waarschuwt er evenwel voor dat bepaalde echtscheidingswetten de echtscheiding vaak wél volledig doorgang laten vinden op andere rechtsterreinen, en enkel haar geldigheid beperken als het erop aankomt om de mogelijkheid te beoordelen om een nieuw huwelijk aan te gaan.

<sup>190</sup> Art. 33-37 Verord. Raad E.G. 44/2001 van 22 december 2000 en 1347/2000 van 29 mei 2000.

**C.1.C. VERBOD OM OPNIEUW TE HUWEN**

**79.**In plaats van wachttermijnen stellen bepaalde rechtsstelsels een verbod in voor uit de echt gescheiden personen<sup>191</sup> of voor weduwen om opnieuw te huwen. Soms is dat verbod algemeen. Soms heeft het slechts betrekking op bepaalde huwelijken, zoals een huwelijk tussen overspelige partners of een huwelijk tussen personen die voorheen reeds met elkaar gehuwd geweest zijn.

**\* Verbod voor uit de echt gescheidenen om opnieuw te huwen**

**- Algemeen verbod**

**80.***Begrip.* Vandaag geldt vermoedelijk nergens nog een algemeen verbod om opnieuw te huwen nadat een eerste huwelijk is ontbonden.

**81.**Zowel de Indonesische als de Spaanse wetgever zijn op hun voormalige verbod, al dan niet beperkt tot een bepaalde geloofsgroep of bepaalde huwelijksvorm, teruggekomen<sup>192</sup>.

Naar Duits recht gold tot 1976 een algemeen verbod voor uit de echt gescheidenen om te huwen; naar Spaans recht tot 1978<sup>193</sup>.

Een Nederlands onderdaan kon tot 1983 geen derde consecutief huwelijk aangaan.

Tot 1982 gold in Griekenland een huwelijksverbod voor een Grieks onderdaan die reeds vier maal gehuwd was geweest<sup>194</sup>, ongeacht de nationaliteit van de andere huwelijkspartner.

**82.**Naar Libanees recht geldt tot op vandaag een huwelijksverbod t.a.v. christenen die reeds drie maal gehuwd geweest zijn<sup>195</sup>.

Naar joods-Israëliisch recht geldt nog een verbod voor een *cohen* (afstammeling van een priesterfamilie) om te huwen met een uit de echt gescheiden vrouw. Het beletsel heeft een verbiedende werking en verplicht de overtreders ervan om hun huwelijk door echtscheiding te laten ontbinden<sup>196</sup>. Het Israëliische

<sup>191</sup> Bv. voorheen ook het Griekse recht (afgeschaft bij decreet nr. 1250/1982).

<sup>192</sup> C. HEGNAUER en P. BREITSCHMID, *Grundriss des Eherechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 1993; V. REINA en J. M. MARTINELL, *Curso de derecho matrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 1995, 326. Bij wet van 7 juli 1981 is de echtscheiding in Spanje ingevoerd: Y. LECHAMPS, "La loi sur le divorce en Espagne", *Rev. Not. b.* 1982, 200-203. Reeds voorheen, sinds de Beslissing van de Dirección General de los Registros y del Notariado van 6 april 1979, *Boletín oficial del Estado* 18 juni 1979, was het mogelijk gemaakt om te huwen met een uit de echt gescheiden buitenlander: A. KNEIP, "Ehen von Spaniern nach neuem Recht", *StAZ.* 1980, 176.

<sup>193</sup> Naar Frans recht heeft het verbod om voor een tweede maal te huwen met eenzelfde persoon slechts bestaan tot in 1884, na een eerste afzwakking door de wet van 8 mei 1816. Een ander verbod is er in dit verband nooit geweest.

<sup>194</sup> Voormalig art. 1355 Griekse familiewet, afgeschaft bij decreet nr. 1250/1982.

<sup>195</sup> Art. 31 familiewet.

<sup>196</sup> BERGMANN en FERID, o.c., 105-106.

hooggerechtshof heeft er evenwel zelf reeds het beginsel van vrijheid van geweten tegen opgeworpen en het huwelijk geregistreerd<sup>197</sup>.

**83.** Het verbod is religieus geïnspireerd<sup>198</sup>. Deze grondslag deed PALSSON in 1981 reeds veronderstellen dat het in bepaalde Staten zou worden verworpen wegens schending van de openbare orde (scheiding van kerk en Staat), wegens discriminatie, of – zoals we hierboven reeds aangaven m.b.t. andere beletselen – wegens het punitieve karakter ervan<sup>199</sup>.

**84. Evaluatie.** Art. 12 E.V.R.M. waarborgt i.t.t. art. 16 U.V.R.M., zoals gezegd, geen recht om uit de echt te scheiden<sup>200</sup>. Ook wijzigende maatschappelijke opvattingen kunnen hier niet in tussenkomen: “the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate”. Ook het zevende protocol verwoordt geen recht om uit de echt te scheiden.

Eenmaal men uit de echt is gescheiden, is evenwel elk algemeen huwelijksbeletsel dat niet is ingegeven door overtuigende motieven op grond van te jonge leeftijd of toestemmingsgebrek, in strijd met het beginsel van de huwelijksvrijheid en dient het in het licht van de BIPOO buiten toepassing te worden gelaten<sup>201</sup>.

**85.** De Belgische rechter heeft deze opvatting evenwel niet steeds gedeeld. Het Brusselse Hof heeft bv. in 1955 gemeend dat het voormalige verbod naar Spaans huwelijksrecht om te huwen met een uit de echt gescheiden persoon die voorheen kerkelijk was gehuwd, in beginsel moest worden nageleefd<sup>202</sup>. *In casu* stond hij weliswaar een nietigverklaring van het huwelijk toe, maar deze uitspraak was louter ingegeven door de doelstelling om de Belgische vrouw de kans te geven haar huwelijk te beëindigen<sup>203</sup>.

<sup>197</sup> High Court 51/69, arrest-Rodnizky v. the Supreme Rabbinical Court 1970, 24 (1) P.D. 704, aangeh. in BERGMANN en FERID, o.c. Zie ook High Court 82/63 Garfinkel Haklai 1963, 17 P.D. 2048, 2069, aangeh. in M. CORINALDI, “Protecting minority cultures and religions in matters of personal status both within state boundaries and beyond state frontiers - the Israeli system”, in N. LOWE en G. DOUGLAS (eds), *Families across frontiers*, Den Haag/Boston, Kluwer, 1996, 392.

<sup>198</sup> Een uitzondering vormt het indirecte verbod dat voortvloeide uit de voormalige weigering door bepaalde Staten (waaronder Hongarije, Turkije en de voormalige Sovjetunie) om een echtscheiding van een onderdaan in het buitenland te erkennen. Hun instanties hadden de exclusieve bevoegdheid om zich uit te spreken over een echtscheiding van onderdanen. Hierover A.N. MAKAROV, “Le remariage du conjoint divorcé en droit international privé”, *R.C.D.I.P.* 1967, 646.

<sup>199</sup> L. PALSSON (1981), 285.

<sup>200</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, *Serie A* nr. 112, 24.

<sup>201</sup> O.m. Franse rechtspraak, reeds van vóór de jaren 1950: zie referenties in Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (2001), 368, noot 8.

<sup>202</sup> Brussel 14 december 1955, *R.C.D.I.P.* 1957, 68, noot F. RIGAUX.

<sup>203</sup> Het huwelijk tussen de Belgische vrouw en de Spaanse man werd *in casu* nietigverklaard, op grond van de onaanvaardbaarheid van de concrete benarde situatie waarin de vrouw zich bevond. Ze was gehuwd met een Spanjaard die nauwe banden had met de Belgische rechtsorde en die moedwillig de grondvereiste van zijn nationale wet had overtreden en was gehuwd met

Meerdere auteurs spreken zich niet uit over de aanvaardbaarheid van het beletsel<sup>204</sup>. Bepaalden onder hen menen dat het voor de I.P.R.-rechter (hoogstens) de waarde van een verbiedend beletsel kan hebben<sup>205</sup>.

**86.** Ook uit Duitse rechtspraak blijkt dat het Spaanse huwelijksbeletsel in het verleden werd gerespecteerd, vanuit de zorg om hinkende huwelijken t.a.v. eigen onderdanen te voorkomen<sup>206</sup>. In 1964 werd voor het Bundesgerichtshof de nietigheid opgeworpen van het huwelijk van een Duitse gescheiden vrouw met een Spanjaard. De vrouw werd door de Spaanse overheid nog steeds als gehuwd beschouwd en op die grond bigamie verweten. De Duitse rechter meende dat de hinkende rechtspositie die zou voortvloeien in een erkenning naar Duits recht te schadelijk was voor de Duitse vrouw en haar kinderen. Hij paste het huwelijksverbod toe als bilaterale nietigheidsgrond. Dat was reeds eerder gebeurd in een situatie waarbij het verbod het loutere gevolg was van procedurele regels, m.n. de weigering door de *lex patriae* om een echtscheiding in het buitenland van onderdanen te erkennen<sup>207</sup>. Niettemin meenden bepaalde andere Duitse rechters reeds vroeg dat het verbod de exceptie van openbare orde moest worden tegengeworpen<sup>208</sup>.

**87.** Ook naar Frans recht werd het verbod meermaals toegepast als bilaterale

---

een vrouw die reeds uit de echt was gescheiden. Hij kon evenwel op grond van zijn nationale wet in Spanje nietigverklaring van het huwelijk bekomen. De vrouw kon dat daarentegen niet, aangezien het huwelijk in beginsel geldig was naar Belgisch recht. Ze kon evenmin een echtscheiding bekomen, noch in Spanje, noch in België. De Spaanse wet liet m.n. echtscheiding (nog) niet toe. De Belgische I.P.R.-rechter kon een echtscheiding slechts toestaan als de *lex patriae* van beide partners dat toeliet.

Dit geheel van omstandigheden, alsook de vaststelling dat de situatie nauw aanknoopte bij de Belgische rechtsorde, bracht het Brusselse Hof ertoe de zwakke procesrechtelijke positie van de vrouw te verhelpen. Het huwelijk werd nietigverklaard, want een huwelijk met een Spaanse staatsburger zou tot gevolg hebben dat de Belgische partner "serait liée à vie par son mariage avec le défendeur, puisque le divorce ne lui sera pas possible du fait du statut personnel de son mari espagnol". Voor bedenkingen bij deze aanpak: J. MEEUSEN (1997), 289.

<sup>204</sup> G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), nr. 458 (deze auteurs geven overigens impliciet aan dat het beletsel volgens hen verenigbaar is met de BIPOO). Zie ook voorheen P. GRAULICH, *Principes de droit international privé*, o.c., 1961, nr. 152, die wél alle bestaande argumenten uiteenzette, maar niet persoonlijk standpunt innam.

<sup>205</sup> G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), nr. 458; L. PALSSON (1978), 87.

<sup>206</sup> BGH 12 februari 1964, *Juristenzeitung* 1964, 617, noot WENGLER; München 17 december 1962, *Neue juristische Wochenschrift* 1963, 2233; Karlsruhe 30 september 1962, *StAZ.* 1963, 42; Celle 25 juni 1962, *StAZ.* 1963, 66. Hierover A. MAKAROV, "Le remariage du conjoint divorcé en droit international privé", *R.C.D.I.P.* 1967, 645-665 en A. VON OVERBECK, "Le remariage du conjoint divorcé selon le projet de convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces selon les droits allemand et suisse", *R.C.D.I.P.* 1970, 45-64.

<sup>207</sup> O.m. Berlin 17 oktober 1930, *Deutsche Rechtsprechung I.P.R.* 1931, nr. 62 (m.b.t. Tsjechoslovakije); Schleswig 9 april 1964, *StAZ.* 1955, 34; Hamburg 5 augustus 1955, *R.C.D.I.P.* 1957, 50, noot WENGLER.

<sup>208</sup> O.m. Berlin 13 maart 1911, *Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts*, afl. 24, 20; Stuttgart 12 november 1962, *StAZ.* 1963, 157; Brunswick 10 oktober 1963, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1953, 569. Zie ook "Art. 30 EGBGB, § 18, II", in H. DOLLE, *Internationales Privatrecht. Eine Einführung in seine Grundlagen*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1972, 110-111.

nietigheidsgrond op huwelijken die in het buitenland waren aangegaan<sup>209</sup>. Een huwelijkssluiting werd evenwel niet systematisch verboden, aangezien de ambtenaar de mogelijkheid werd gelaten om te handelen volgens de Franse bepalingen, mits hij de partners op de hoogte stelde van het risico op een hinkend huwelijk<sup>210</sup>. Meermaals werd ook een beroep gedaan op art. I § 4 Aanbeveling CIEC van 8 september 1976, dat zich verzet tegen het huwelijksverbod, op welke grond de echtscheiding ook is uitgesproken<sup>211</sup>. Art. II, § 4 b resolutie van 28 augustus 1985 van het Franse Instituut voor Internationaal Recht, betreffende de wet toepasselijk op bepaalde gevolgen van het ontbonden huwelijk<sup>212</sup>, gaf dan weer aan dat de personele wet moet worden toegepast. Sinds het arrest F. t. Zwitserland wordt evenwel eenduidig opgetreden tegen het beletsel.

**88.** Ten tijde van het Haagse Verdrag van 1902 hadden vele rechtsordes nog een huwelijksrecht dat tal van beperkingen stelde op de mogelijkheid voor hun onderdanen om te huwen. In dat licht hoeft het niet te verwonderen dat het Verdrag expliciet aangaf dat een Verdragsstaat ook op vreemdelingen zijn verbod om na de ontbinding van een eerste huwelijk een nieuw huwelijk aan te gaan, kon toepassen. Een vreemdeling kon aan dit verbod evenwel ontsnappen door een consulaire huwelijk aan te gaan. De geldigheid daarvan kon niet worden geweigerd op de loutere grond van het genoemde verbod.

Het Verdrag van Montevideo voorzag in een mogelijkheid voor Verdragsstaten die naar intern recht niet voorzagen in huwelijksontbinding door echtscheiding, om erkenning te weigeren aan echtscheidingen die huwelijken betroffen die op hun grondgebied waren aangegaan. Een opvolgend huwelijk kon vervolgens evenmin erkend worden, aangezien er sprake was van bigamie. Het Verdrag voorzag wel dat de betrokkenen langs deze weg niet strafbaar konden worden gesteld wegens polygamie<sup>213</sup>.

**89.** Inmiddels lijken de opvattingen ter zake gewijzigd. In 1971 heeft het Duitse grondwettelijke Hof geweigerd om rekening te houden met een buitenlands verbod om opnieuw te huwen<sup>214</sup>. Het Hof meende dat een toepassing van dergelijk verbod zou getuigen van een te groot paternalisme en meende dat de partners de mogelijkheid gelaten moeten worden om het risico van een hinkend huwelijk te aanvaarden. De fundamentele vrijheid om over zijn eigen lot te

<sup>209</sup> Tb. Montpellier 18 maart 1920, *R.C.D.I.P.* 1921, 79; Tb. Seine 2 juni 1942, *R.C.D.I.P.* 1943, 177. *Contra*: Tb. Nice 26 juni 1923, *R.C.D.I.P.* 1924, 99, bevestigd door Aix 24 januari 1924; Tb. Seine 17 maart 1948, *R.C.D.I.P.* 1948, 112, noot NIBOYET, telkens m.b.t. een Frans onderdaan.

<sup>210</sup> Art. 475 Instruction générale relative à l'état civil van 21 september 1955, *R.C.D.I.P.* 1955, 596.

<sup>211</sup> Aangeh. in H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", *Recueil des cours*, 1991, I, nr. 127.

<sup>212</sup> *R.C.D.I.P.* 1986, 214, noot F. RIGAUX.

<sup>213</sup> Art. 15 b Verdrag 19 maart 1940.

<sup>214</sup> BverfG. 4 mei 1971, *R.C.D.I.P.* 1974, 57, noot C. LABRUSSE; X. "Conflict of laws and constitutional law: opinion of the German Constitutional Court and comments", *RabelsZ.* 1972, 141-144.



oordelen maakt deel uit van de huwelijksvrijheid. Later werd dit argument aangevuld met de overweging dat een hinkend huwelijk nog steeds te verkiezen valt boven een loutere concubinaatsrelatie. Slechts het huwelijk biedt immers rechtsbescherming aan zwakke partijen, zoals de vrouw en kinderen<sup>215</sup>.

In het enige recente Franse vonnis dat ons in dit verband bekend is, heeft de Parijse rechter in 1988 een buitenlands verbod om opnieuw te huwen na een foutechtscheiding strijdig bevonden met de openbare orde<sup>216</sup>.

### - Verbod om opnieuw te huwen met de vroegere echtgenoot

90. We gaven reeds aan dat in de meeste islamitische rechtsstelsels een huwelijk met de vroegere echtgenoot niet mogelijk is na een onherroepelijke verstoting, tenzij de vrouw inmiddels met een andere man is gehuwd en dat huwelijk reeds ontbonden is door echtscheiding of overlijden<sup>217</sup>.

Naast dat tijdelijke beletsel geldt in sommige rechtsstelsels een definitief verbod om opnieuw te huwen met dezelfde persoon. Naar Frans recht gold een algemeen verbod om voor een tweede maal te huwen tot 1884<sup>218</sup>. Op dat ogenblik werd het vervangen door een nieuw verbod dat heeft gegolden tot 1930<sup>219</sup> en tegengesteld is aan het huidige verbod van de islamitische rechtsstelsels: men kon opnieuw huwen, ook met een vroegere echtgenoot, tenzij indien één van de partners inmiddels een ander mislukt huwelijk had gehad. De *ratio legis* was om te beletten dat de tweede 'intermediaire' echtgenoot het slachtoffer zou zijn van opgezet spel of van lichtzinnigheid van de ene partner die na korte tijd besliste terug te keren bij zijn eerste partner<sup>220</sup>. Eenzelfde verbod bestaat tot op vandaag naar o.m. Libanees recht t.a.v. joodse vrouwen<sup>221</sup>.

Naar Nederlands recht was een derde huwelijk met dezelfde partner tot 1983 volstrekt verboden<sup>222</sup>. Dergelijk verbod geldt tot op vandaag naar Indonesisch recht, "tenzij de religie anders bepaalt"<sup>223</sup>.

Het hoeft geen betoog dat ook dit verbod inbreuk maakt op de

<sup>215</sup> Zie ook V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 319, noot 146.

<sup>216</sup> TGI Paris 4 maart 1988, *R.C.D.I.P.* 1988, 588, noot P.-Y. GAUTIER.

<sup>217</sup> O.m. art. 30 Algerijnse familiewet en art. 28 Egyptische familiewet.

<sup>218</sup> Oud art. 295 C.C.

<sup>219</sup> Afgeschaft bij Wet van 4 januari 1930. De Wet van 26 maart 1924 had het verbod al gemilderd en voorzag een vrijstelling als er uit het eerste huwelijk kinderen waren geboren en als die hetzij 'wettig' waren, hetzij nog leefden, of als de echtgenoot uit het eerste huwelijk inmiddels was overleden.

<sup>220</sup> A. COLIN en H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1934, 148.

<sup>221</sup> Art. 21 familiewet. De bepaling voorziet evenwel in een dispensatiemogelijkheid.

<sup>222</sup> Oud art. 42 par. 2 B.W., opgeheven bij wet van 13 mei 1987. Hierover o.m. D. KETCHKITCH, *Les mariages diplomatiques ou consulaires et leurs effets internationaux* (doct.), Paris, Pierre Bossuet, 1931, 57.

<sup>223</sup> Art. 10 Indonesische familiewet.

huwelijksvrijheid<sup>224</sup>.

### - Verbod om te huwen met de persoon met wie men overspel heeft gepleegd

**91.** *Het verbod naar buitenlands recht.* Naar Belgisch recht gold tot de wet van 16 april 1935<sup>225</sup> een verbod om te huwen met de persoon met wie men overspel had gepleegd. Het betrof een prohibitief beletsel<sup>226</sup>. Naar Frans recht gold eenzelfde verbod tot de wet van 15 december 1904<sup>227</sup>, naar Nederlands recht tot 1969<sup>228</sup>, in West-Duitsland tot 1976<sup>229</sup>, in Spanje tot 1978, in Griekenland tot 1982<sup>230</sup> en in Oostenrijk tot 1984<sup>231</sup>.

**92.** Tot op vandaag geldt het beletsel naar o.m. Mauritiaans, Israëliisch<sup>232</sup>, Marokkaans<sup>233</sup>, Bengaals, Braziliaans<sup>234</sup>, Chileens, Colombiaans, Ecuadoriaans, Libanees, Mexicaans, Nicaraguaans, Panamees en Saoudisch recht<sup>235</sup>. Het Libanese recht verbiedt een joodse vrouw die uit de echt is gescheiden wegens haar overspel overigens algemeen om opnieuw te huwen<sup>236</sup>.

**93.** Het Marokkaanse huwelijksverbod onderscheidt zich van de meeste andere, aangezien het geen betrekking lijkt te hebben op overspel tijdens het huwelijk en overigens enkel overspelige vrouwen treft. De Marokkaanse Mudawwanah legt twee huwelijksverboden op: één t.a.v. overspeligen tijdens de *idda*-termijn en één tussen de overspelige vrouw en haar bedrogen echtgenoot als deze laatste zijn vrouw staande het huwelijk beschuldigt van overspel in het kader van een procedure waarbij hij het vaderschap ontkent van haar kind. Ontkent de vrouw onder eed de aantijging van overspel, dan is er sprake van *li'an*. Het huwelijk wordt vervolgens ontbonden (art. 90-91 Mud.) en tussen de voormalige partners

<sup>224</sup> O.m. S. WORTMANN, *l.c.*, 1986, 128.

<sup>225</sup> Art. 298 B.W. Vanaf dan gold tot de wet van 30 juni 1956 een wachttermijn van drie jaar alvorens men mocht huwen met zijn partner in overspel.

<sup>226</sup> Rb. Brussel 16 december 1967, *J.T.* 1970, 68.

<sup>227</sup> Voormalig art. 298 C.C.; L. PALSSON (1981), 118 en 354. Het verbod werd afgeschaft, o.m. op grond van de vaststelling dat de betrokkenen in de praktijk gewoon gingen samenwonen. De wetgever vond het meer aangewezen om die relatie dan toch maar in een wettelijke vorm te gieten: L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Cours élémentaire de droit civil*, I, Paris, Dalloz, 1967, nr. 560.

<sup>228</sup> Art. 90 oud N.B.W. Hierover o.m. D. KETCHKITCH, *o.c.*, 57.

<sup>229</sup> § 161 (1) en 383 (2) nr. 2 Dienstinstruction van 1968.

<sup>230</sup> Art. 1363 Griekse familiewet, afgeschaft door wet nr. 1250/1982. Hierover meer: E. RABEL, W.D. LEWIS en U. DROBNIG, *The conflict of laws: a comparative study. 1: Introduction: family law*, Michigan, University of Michigan, 1958, 292-293; A.A. EHRENSWEIG, CH. FRAGITAS en A. YIANNPOULOS, *American-Greek Private International Law*, New York, Oceana publ. Dobbs Ferry, 1957, 72-73.

<sup>231</sup> L. PALSSON (1981), 118, noot 384.

<sup>232</sup> Z.W. FALK, *l.c.*, nr. 91-95, verwijst naar Ha'ezer 11:1 en 117:1, en wijst erop dat een loutere verdenking van overspel reeds een echtscheidingsgrond vormt t.b.v. de man.

<sup>233</sup> Art. 25 Marokkaanse Mud., toegelicht door D. BEKE, in M. C. FOLETS (1998), 422. Het verbod geldt niet in alle islamitische rechtstelsels: bv. art. 15 Koeweitse familiewet.

<sup>234</sup> Art. 183 Braziliaanse familiewet.

<sup>235</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 39; J. VAN DE VELDE, *o.c.*

<sup>236</sup> Art. 24 familiewet.

ontstaat een definitief huwelijksverbod. De *li'an*praktijk zou evenwel niet langer worden toegepast in Marokko<sup>237</sup>.

**94.** Het huwelijksverbod was over het algemeen ingesteld om het leed van het slachtoffer van het overspel niet te verzwaren door toe te laten dat de relatie die was ontstaan in overspel zou worden omgezet in een wettig huwelijk. Het Hooggerechtshof van Pennsylvania<sup>238</sup>, een Staat die lange tijd een definitief verbod heeft gehanteerd, heeft in 1974 geoordeeld dat na het overlijden van de nieuwe echtgenoot geen nieuw leed kon worden toegebracht<sup>239</sup>. A.h.v. deze redenering werd niet geoordeeld dat de partner in overspel met wie de overledene inmiddels was hertrouwd, geen rechtsgeldige weduwe was. De vrouw werd *in casu* vrijgesteld van een erfenistaks die enkel wordt geheven op niet-gehuwde erfgenamen<sup>240</sup>. Meerdere auteurs gaven te kennen dat het huwelijk als dusdanig buiten die hypothese nooit erkend zou zijn, aangezien de wet dat expliciet uitsloot<sup>241</sup>. Inmiddels heeft Pennsylvania zijn wetgeving aangepast in die zin dat het verbod nog slechts geldt zolang de voormalige echtgenoot leeft.

**95.** *Het verbod en het Belgische I.P.R.* Gezien de toenmalige wetgeving van de Verdragsstaten bij het Haagse Verdrag van 12 juni 1902 hoeft het niet te verwonderen dat art. 2 Verdrag toeliet dat het huwelijk werd verboden tussen overspeligen. De Staat van huwelijksluiting kan ingevolge het Verdrag het huwelijk op deze grond verbieden, ook als de *lex patriae* van de betrokkenen dat niet doet.

**96.** Het beletsel genoot voorheen ook in onze streken veel aanzien. In bepaalde Staten, bv. in Nederland, werd het eigen beletsel overigens ook toegepast op vreemdelingen, als beletsel van openbare orde<sup>242</sup>.

Tot 1974 was overspel in het Belgische recht strafrechtelijk vervolgbaar als klachtmisdrijf<sup>243</sup>. Minstens zolang achtten zowel het Hof van Cassatie als de E.C.R.M. deze inmenging in het privéleven nodig voor de bescherming van de rechten van anderen, *in casu* de rechten die de andere echtgenoot verworven had uit het huwelijk<sup>244</sup>. De vaststelling van overspel door de

<sup>237</sup> L. BUSKENS (1999), 482.

<sup>238</sup> Supreme Court Pennsylvania, arrest-Re Estate of Lenherr, 455 Pa. 225, 314 A. 2d 255 (1974).

<sup>239</sup> Het beletsel was volgens de rechter ingesteld "to protect the sensibilities of the injured and innocent husband or wife... by being forced to witness the continued cohabitation of the adulterous pair, even under the guise of a subsequent marriage performed in another state".

<sup>240</sup> De belastingregel heeft het overigens over 'two persons living as man and wife'. Een schijn van huwelijk kon m.a.w. ontstaan.

<sup>241</sup> W.L.M. REESE, "Marriage in American conflict of Laws", *I.C.L.Q.* 1977, 970.

<sup>242</sup> Wél in Nederland: H.R. 16 april 1908, *J.D.I. Clunet* 1912, 293; H.R. 2 juni 1936, *N.J.* 1936, nr. 1013. Niet in Duitsland (o.m. F. GAMILLSCHEG, "Art. 13", *I.c.*, nr. 377 en 381) en België (P. GRAULICH, o.c., 157).

<sup>243</sup> Art. 387 Sw.

<sup>244</sup> Cass. 15 juni 1982, *Rev. dr. pén.* 1982, 320, in navolging van Antwerpen 18 december 1981, *R.W.* 1982-83, 453. De E.C.R.M. verklaarde een klacht die betrekking had op dergelijke strafbaarstelling onontvankelijk: E.C.R.M., nr. 10.119/82, *onuitg.*

gerechtsdeurwaarder<sup>245</sup> wordt, behoudens bij procedurefouten<sup>246</sup>, nog steeds niet als een schending van art. 8 E.V.R.M. beschouwd<sup>247</sup>.

Een juridische bescherming van de benadeelde echtgenoot kan evenwel losgekoppeld worden van een punitieve aanpak m.b.t. het recht om opnieuw te huwen. Binnen de rechtsleer bestaat eensgezindheid over het feit dat het kwaad is geschied en behoudens enkele compenserende tussenkomsten niet gerepareerd kan worden, ook niet d.m.v. een inbreuk op de handelingsvrijheid van de 'schuldige'<sup>248</sup>.

97. In de meeste Staten, zeker deze die het beletsel niet zelf (meer) kenden, kreeg het verbod reeds snel een kwalificatie als verbiedend beletsel toegekend. Zoals we hierboven reeds aangaven m.b.t. de wachttermijn voor overspeligen, heeft het risico op *perturbatio sanguinis* zich immers vermoedelijk reeds gerealiseerd. In andere Staten legde de rechter reeds vroeg soepelheid aan de dag en liet hij toe dat het ongeldige huwelijk rechtsgevolgen ressorteerde, mits die verenigbaar waren met de doelstellingen van het beletsel.

98. We menen dat ook dit verbod het beginsel van de huwelijksvrijheid schendt. Het verbod in islamitische rechtsstelsels dat zich beperkt tot overspelige vrouwen schendt overigens het beginsel van gelijke behandeling tussen man en vrouw. Een arrest van het Parijse Hof van 1973 in een aanverwante materie getuigt ervan dat bepaalde Franse rechters zich sinds meerdere decennia in die zin uitspreken<sup>249</sup>. Het arrest had betrekking op een vordering tot echtscheiding op grond van overspel, die uitging van een Kameroense vrouw. Het Hof liet de normaal toepasselijke Kameroense wet buiten toepassing omwille van haar discriminatoire karakter. De wet verleende m.n. slechts mannen het recht om echtscheiding te vorderen op grond van overspel. Het Parijse Hof oordeelde dat deze mogelijkheid aan beide partijen moest worden geboden en paste de Franse echtscheidingsregeling toe.

Dit was het eerste Franse arrest waarbij de exceptie van openbare orde werd opgeworpen tegen een wet die een ongelijke behandeling tussen man en vrouw instelde. Foyer zag in de uitspraak een aanzet tot de overgang van een zuiver technisch openbare-ordebegrip naar een meer dynamische en politieke openbare orde<sup>250</sup>. Voorheen werd rechtstreekse werking in de interne rechtsorde van strengere buitenlandse wetten door de technische openbare orde haast onbeperkt toegelaten. De openbare-orde-exceptie trad haast uitsluitend op tegen

<sup>245</sup> Art. 1016 Ger. Wb.

<sup>246</sup> Bv. wanneer bij de concrete handeling fouten worden gemaakt, bv. het nemen van foto's vanop de eigendom van de betrapte, daar niet over ingelichte echtgenoot: Luik 29 januari 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 346; Rb. Nijvel 14 januari 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 726.

<sup>247</sup> Gent 17 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 1478; Cass. 17 december 1998, *T.B.B.R.* 1999, 245.

<sup>248</sup> Zie ook *infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 2, randnr. 38, m.b.t. de evolutie naar een schuldloze echtscheiding.

<sup>249</sup> Paris 28 juni 1973, *R.C.D.I.P.* 1974, 505, noot J. FOYER.

<sup>250</sup> J. FOYER, noot onder Paris 28 juni 1973, *R.C.D.I.P.* 1974, 510.

buitenlands recht dat iets toeliet wat naar de normen van de *lex fori* niet door de beugel kon. Grotere beperkingen op het recht om uit de echt te scheiden, werden, zoals *in casu*, minder argwanend bekeken<sup>251</sup>. Had het buitenlandse recht echtscheiding toegestaan op een grond die naar Frans recht niet bekend was, dan had die mogelijk op de exceptie gestuit. *In casu* betrof het evenwel een echtscheidingsgrond die ook naar Frans recht bestond. De grond was naar buitenlands recht evenwel restrictiever omschreven dan naar Frans recht. Onder zijn oude technische toepassing zou de exceptie volgens Foyer niet ingeroepen zijn tegen het verschil in behandeling tussen man en vrouw. Via een dynamische toepassing ervan gebeurde dit voor het eerst wél.

De evolutie kan o.i. vergeleken worden met de evolutie van een formeel naar een materieel gelijkheidsbeginsel. Het ging er niet louter meer om om op te treden tegen buitenlands recht dat rechtstreeks, naar de letter, strijdig was met de fundamentele opvattingen van het *forum*, maar tevens om niet langer te dulden dat dat onrechtstreeks zou gebeuren, m.n. door vreemdelingen minder te beschermen tegen inbreuken op fundamentele beginselen. De aandacht werd voortaan verruimd tot het resultaat dat een toepassing van de buitenlandse wet met zich zou brengen.

#### **\* Verbod voor weduwen om opnieuw te huwen**

**99.** Naar Joods-Israëliisch recht geldt de huwelijksvereiste met verbiedende werking dat een weduwe wordt 'bevrijd' (*releasing the widow* d.m.v. *halizah*<sup>252</sup>) door de broer van haar vooroverleden man. Ze moet m.a.w. zijn instemming met haar voorgenomen huwelijk krijgen. Hertrouwt de vrouw zonder die bevrijding, dan verliest ze haar erfrecht t.a.v. de vooroverledene<sup>253</sup> en kan de *rabbi* op een echtscheiding aansturen. Voorheen was de broer van de overledene verplicht om met haar te huwen, om te voorzien in een nageslacht (*leviraathuwelijk*). Tegenwoordig moet hij de vrouw nog slechts onderhouden als hij haar geen dispensatie verleent om met een derde te huwen.

**100.** Voorheen gold naar o.m. Koreaans recht een algemeen verbod voor weduwen om een nieuw huwelijk aan te gaan.

We vermoeden dat dergelijk wettelijk verbod inmiddels is uitgestorven. In bepaalde Aziatische Staten zou het evenwel nog worden toegepast<sup>254</sup>.

**101.** Het Haagse Huwelijksverdrag van 1902 sloot dit verbod impliciet uit. Art. 2

<sup>251</sup> H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), II, nrs. 445 e.v.; P. FRANCESCAKIS, "Divorce", in *Clunet droit international*, nr. 131; J. FOYER, "Divorce et séparation de corps", in *Rép. Dalloz dr. int.*, nr. 84 e.v.

<sup>252</sup> 'Even Ha'ezer 165:1; BERGMANN en FERID, "Israël", *I.c.*, 105-106; Z.W. FALK, "Jewish family law", in M.A. GLENDON (ed.), *Persons and family, The family in religious and customary laws*, reeks International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen, Mohr, 1983, nr. 91-9.

<sup>253</sup> 'Even Ha'ezer 44: 7; Z.W. FALK, *I.c.*, nr. 91-95.

<sup>254</sup> BERGMANN en FERID, "Indien", *I.c.*, 25; D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 38. Naar Indisch recht bv. is het nochtans reeds afgeschaft met de Hindu Widows Remarriage Act van 1856.

geeft immers impliciet aan dat zijn Verdragsstaten, waaronder Duitsland, als Staat van huwelijksvoltrekking de huwelijksluiting van vreemdelingen hoogstens kunnen verbieden als de partners zich voorheen schuldig hebben gemaakt aan overspel, of als zij met onderling overleg een aanslag hebben gepleegd op de vorige echtgenoot van één van hen. De opsomming is limitatief en bevat voorts nog slechts verwantschapsbeletselen<sup>255</sup>. Andere vreemdelingen kunnen o.i. in de Verdragsstaten bezwaarlijk zonder rechtvaardiging wél strenger worden behandeld.

Het Haagse verdrag van 1978 laat daarentegen toe dat een Staat zijn huwelijksverbod voor personen die voorheen reeds gehuwd zijn geweest, toepast op eenieder die op zijn grondgebied huwt, ook vreemdelingen<sup>256</sup>. Onrechtstreeks blijkt hieruit dat een gelijkaardig verbod door de *lex patriae* niet op bezwaren kan stuiten.

**102.** Het verbod begaat nochtans een inbreuk op art. 12 E.V.R.M. en is overigens discriminatoir.

## **C.2. BELETSELEN DIE NAAR BELGISCH RECHT ONBEKEND ZIJN**

### **C.2.A. HET BELETSEL VAN DE SEKSUELE ONRIJPHEID, IMPOTENTIE OF ONVRUCHTBAARHEID**

#### **\* De vereiste naar buitenlands recht**

**103.** In bepaalde rechtsstelsels is geen expliciete huwbare leeftijd bepaald, maar staat i.p.v. een leeftijdsvereiste de voorwaarde ingeschreven dat de betrokkenen in staat moeten zijn om de procreatieve doelstelling van het huwelijk na te leven. Bepaalde rechtsstelsels vullen hun leeftijdsvereiste aan met deze 'praktische' vereiste.

Voor zover de huwbaarheid wordt bepaald op de leeftijd van gewoonlijke seksuele rijpheid, verschilt de betrokken regelgeving *in se* niet van de westerse expliciete leeftijdsbepaling, mits tenminste de gemiddelde leeftijd van seksuele rijpheid sinds enkele jaren niet reeds op twaalf jaar gebracht wordt<sup>257</sup>. De westerse leeftijdsbepaling steunt immers op twee maatstaven: de seksuele rijpheid en de voldoende ontwikkeling van het vermogen des ondersheids. Het laatstgenoemde criterium houdt verband met een andere huwelijksvereiste, die van de vrije toestemming in het huwelijk.

**104.** Meerdere rechtsstelsels die de huwbaarheidsleeftijd expliciet verbinden met de leeftijd van seksuele rijpheid, leggen ook voor de verdere beoordeling van

<sup>255</sup> Zie ook P. NYGH, "The Hague Marriage Convention – a sleeping beauty?", *I.c.*, 257.

<sup>256</sup> *Cf. supra*, randnr. 37.

<sup>257</sup> *Cf. media-aandacht* hiervoor. Zie ook de vervroeging van de leeftijd van eerste menstruatie n.a.v. het verhoogde oestrogeengehalte in het grondwater.

de huwbaarheid een naar Belgisch recht ongekenade nadruk op vruchtbaarheid, meer bepaald op tekenen die deze in het gedrang brengen, zoals impotentie, frigiditeit, een geslachtsziekte (cf. *infra*, het beletsel van besmettelijke ziekten) of onvruchtbaarheid.

**105.** Ook al werd tot voor kort nog het homohuwelijk afgewezen met als argument dat het huwelijk erop is gericht een gezin te vormen en zich voort te planten<sup>258</sup>, in de Belgische rechtsgeschiedenis heeft het gegeven dat een heteroseksuele huwelijkskandidaat zich niet kan voortplanten, als dusdanig nooit een beletsel gevormd om te huwen<sup>259</sup>. We moeten daarvoor teruggaan tot de Code Civil van vóór 1804<sup>260</sup>. Ook toen werd het beletsel niet expliciet op deze gronden gesteund, maar wel op een te jonge leeftijd wat betreft het seksuele aspect. Sindsdien vormen de genoemde gebreken nog hoogstens een echtscheidingsgrond<sup>261</sup>. Deze wordt overigens niet gemakkelijk geacht vervuld te zijn, denken we o.m. aan de vereiste dat het beledigend karakter wordt aangetoond.

**106.** Meerdere naburige rechtssystemen passen het beletsel van de impotentie tot op vandaag toe. Binnen de Europese Unie zijn dat het Ierse en het Engelse recht<sup>262</sup>. In Frankrijk werd het beletsel afgeschaft in 1791<sup>263</sup>, in Oostenrijk en Duitsland in 1938 en in Italië in 1975<sup>264</sup>.

Het beletsel is binnen de Europese rechtssfeer een schoolvoorbeeld van hoe rechtssystemen die de echtscheiding niet kennen, de partners een groter scala aan nietigheidsgronden bieden. Is de echtscheiding eenmaal ingevoerd en gangbaar geworden, dan uit zich dat tevens in een inkrimping van de nietigheidsgronden tot die gronden die het werkelijk nodig maken om de fictie te creëren dat een huwelijk nooit heeft bestaan<sup>265</sup>.

<sup>258</sup> Zie o.m. advies R.v.St. bij het wetsontwerp tot instelling van het homohuwelijk: Azdvies 32.008/2, aangehecht aan Ontwerp van wet van 14 maart 2002 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het burgerlijk wetboek, *Parl. St. Kamer* 2001-2002, nr. 1692/1.

<sup>259</sup> Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2915: impotentie is geen nietigheidsgrond naar Belgisch familierecht.

<sup>260</sup> Naar Frans recht tot 1791.

<sup>261</sup> Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2915, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 31 (weigering nietigverklaring); H. DE PAGE en J.-P. MASSON (1990), 529.

<sup>262</sup> Hierover o.m. J. POUSSON-PETIT (1981), 422-425.

<sup>263</sup> Hierover J. POUSSON-PETIT (1981), 425.

<sup>264</sup> Toenmalig art. 123 C.C.

<sup>265</sup> L. PALSSON (1981). Zie evenwel o.m. K. BRUNNER, "Nullity in unconsummated marriages", *I.c.*, 2001: het aantal nietigverklaringen (452 in 2000) steeg in het V.K. met 8% tussen 1999 en 2000, terwijl de stijging van het aantal echtscheidingen (157.809 in 2000) beperkt bleef tot 2,4 %. De stijging zou hoofzakelijk te wijten zijn aan de vrijwillige weigering om het huwelijk geslachtelijk te voltrekken, vooral in het kader van een gearrangeerd huwelijk. Sectie 12 Matrimonial Causes Act 1973 kwalificeert zowel het onvrijwillige (impotentie, frigiditeit) als het vrijwillige uitblijven van geslachtsomgang als relatieve nietigheidsgrond. Het resp. aantal toegewezen procedures in 2000 wijst uit dat nietigverklaringen nog steeds uitzonderlijk zijn. Volgens Brunner moeten ze evenwel mogelijk blijven, aangezien ze minder stigmatiserend zouden werken.

107. Niettemin hebben Liechtenstein<sup>266</sup>, meerdere Amerikaanse Staten<sup>267</sup>, Argentinië, Bolivia, Chili, Costa Rica, Ecuador<sup>268</sup>, El Salvador, Engeland<sup>269</sup>, Ierland, de Filippijnen, Honduras, Indië<sup>270</sup>, Irak, Maleisië, Mexico, Nigeria, Panama, Syrië en Venezuela het beletsel tot op vandaag gehandhaafd als relatieve nietigheidsgrond<sup>271</sup>. Naar Israëlsch recht geldt het als verbiedend huwelijksbeletsel en als echtscheidingsgrond.

**\* Omgang met de vereiste in het I.P.R.**

108. Art. 12 E.V.R.M. onderscheidt het recht om te huwen en het recht om een gezin te vormen. De procreatie kan bijgevolg niet worden geacht onlosmakelijk verbonden te zijn met het recht om te huwen<sup>272</sup>. Boulanger meent evenwel dat de uitspraak van het Hof van Grenoble waarbij het Italiaanse beletsel op grond van impotentie wél werd toegepast als nietigheidsgrond<sup>273</sup>, nog steeds realiteitswaarde heeft. Het Hof oordeelde expliciet dat het beletsel de openbare orde niet schendt<sup>274</sup>.

109. De tendens om de nietigheidsgrond van de dwaling uit te breiden naar dwaling op grond van essentiële eigenschappen<sup>275</sup> kan overigens via een omweg een nietigverklaring op de genoemde grond acceptabel maken. Gebeurt dat effectief, dan zou dergelijke grond nauw aansluiten bij de expliciete nietigheidsgrond van de impotentie of onvruchtbaarheid. Een belangrijk onderscheid zou niettemin zijn dat dwaling slechts kan worden ingeroepen door

<sup>266</sup> Art. 31 huwelijkswet: psychisch of fysiek onvermogen om het huwelijk te voltrekken (wordt volgens COESTER en WALTJEN (1997) ruim geïnterpreteerd).

<sup>267</sup> H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, St Paul, West Publishing Co, 1988, 100-102: relatieve nietigheidsgrond in meerdere staten van de V.S.: Alaska, Arkansas, Californië, Delaware, Hawaï, Idaho, Iowa, Massachusetts, Mississippi, Montana, New Jersey, New York, Texas, North Carolina, North Dakota, South Dakota, Vermont, Wisconsin. Meestal slechts als de impotentie ongeneeslijk is en op fysieke gronden steunt. Ook hier schept de weigering om een onderzoek te ondergaan een vermoeden. Leven de partners gedurende geruime tijd na de ontdekking nog samen, dan dekt dit de nietigheid. Clark is tegenstander van deze laatste regel: de 'gezonde' partner geeft de ander de kans om de impotentie te overwinnen, en worden bij dergelijke mislukte nieuwe kans gestraft aangezien de nietigverklaring niet meer aanvaard wordt.

<sup>268</sup> Art. 95 familiewet.

<sup>269</sup> Sectie 12 Matrimonial Causes Act 1973. Weigert één van de partners om het huwelijk geslachtelijk te voltrekken, dan kan slechts de andere partner deze weigering als nietigheidsgrond invoeren. Is een partner er niet toe in staat, dan geniet hij eveneens vorderingsrecht.

<sup>270</sup> Section 12 Hindoewet nr. 25.

<sup>271</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 45; J.J. NASIR (1990), 30-31.

<sup>272</sup> Ook A. DYER, in C.I.E.C. (ed.), *Actes et Doc. 13e Session, I.c.*, 44-45, raadt af een dergelijk beletsel in een I.P.R.-verdrag op te nemen.

<sup>273</sup> Grenoble 19 juni 1963, *D.* 1964, somm. 43, besproken door F. BOULANGER (1992), I, 226; Tb. Tunis 27 november 1907, *J.D.I.* 1908, 811 (toenmalige Franse kolonie); zie ook standpunt D. TALLON, noot onder Tunis 17 oktober 1955, *Rev. tun. Dr.* 1956, 136.

<sup>274</sup> *Contra*: Cass. fr. 6 april 1903, S. 1904, I, 273, noot WAHL (evenwel slechts m.b.t. het interne recht); Tunis 17 oktober 1955, *Rev. tun. Dr.* 1956, 133, afkeurende noot D. TALLON: strijdig met de Franse openbare orde, die kan blijven worden ingeroepen, ook na de onafhankelijkheid, in toepassing van het Frans-Tunesische verdrag van 3 juni 1955.

<sup>275</sup> Zie o.m. art. 73, 4° Spaanse C.C.



de partner die gedwaald heeft. Een rechtstreekse nietigheidgrond daarentegen kan worden opgeworpen door elke belanghebbende, ook al is het belang louter financieel. In het licht van art. 12 E.V.R.M. is het ongetwijfeld aangewezen om de vordering niet open te stellen voor derden. We spraken reeds eerder onze twijfels uit over de wenselijkheid van een verruiming van het aantal nietigheidsgonden<sup>276</sup>.

**110.** Het Brusselse Hof heeft in 1987 alvast gemeend de Italiaanse nietigheidgrond van dwaling omtrent essentiële eigenschappen te kunnen toepassen t.b.v. een Belgische vrouw die was gehuwd met een geestesgestoorde Italiaan. Het Hof had reeds het eerste middel tot nietigverklaring op grond van afwezigheid van toestemming in hoofde van de man toegewezen. Hieruit blijkt dat de soepele omgang met de dwalingsgrond niet was ingegeven door loutere billijkheidsoverwegingen<sup>277</sup>. Vermoedelijk had het ook een vordering tot nietigverklaring toegewezen als die was gesteund op dwaling inzake impotentie van de partner. De meeste Belgische I.P.R.-auteurs lijken zich hierbij aan te sluiten, waar ze stellen dat in beginsel de gebreken in de toestemming worden beoordeeld in toepassing van de *lex patriae*<sup>278</sup>.

**111.** Rechtsvergelijkend onderzoek heeft uitgewezen dat onder meer Frankrijk, Oostenrijk, Italië, Duitsland, Spanje en Zwitserland de impotentie vandaag reeds een plaats geven in de nietigheidgrond van de dwaling<sup>279</sup>. Was de partner niet van de impotentie op de hoogte en had die kennis haar ervan weerhouden om het huwelijk aan te gaan, dan kan het huwelijk nietig worden verklaard. De Oostenrijkse, Zwitserse en Duitse familiewet verlenen de nietigheid die op deze grond wordt bekomen evenwel geen retro-actief effect. De Duitse rechtsorde

<sup>276</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 325 e.v., m.b.t. de dwalingsleer.

<sup>277</sup> Brussel 31 maart 1987, *J.T.* 1988, 194: toepassing Italiaans recht.

<sup>278</sup> Zie o.m. G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 221. Zie ook L. PALSSON (1981), 87, m.b.t. de meeste andere Staten; zie ook voor Duitsland: G. KEGEL, o.c., 509.

<sup>279</sup> Zie o.m. Franse rechtspraak: nietigheidgrond mits de impotentie absoluut en definitief is: Tb. Grenoble 13 maart en 20 november 1958, aangeh. in P. RAYNAUD en J.L. AUBERT (ed.), *Rép. Dr. droit civil Dalloz*, "Mariage", nr. 267; Tb. Grenoble 13 maart en 20 november 1958, *D.* 1959, 495, noot G. CORNU (totaal en ongeneeslijk in hoofde van de man); TGI Lille 17 mei 1962, *D.* 1963, Somm. 10 (absolute en definitieve impotentie in hoofde van de vrouw); TGI Saintes 23 maart 1965, *Jur. civ.*, art. 144-147, nrs 83-84; TGI Lyon 5 mei 1971, *Ann. fac. Dr. Lyon* 1972, I, 185, noot MAURICE; TGI Avranches 10 juli 1973, *D.* 1974, 174, noot P. GUIHO. Zie ook: P. RAYNAUD en J.L. AUBERT (ed.), *I.c.*, nr. 267: een onderzoek verplicht stellen vormt mogelijk een te grote inbreuk op de fysieke integriteit, maar de rechter kan zijn gevolgen trekken uit een weigering: art. 11 nouv. Code de procédure civile (algemeen in die zin m.b.t. wettelijk opgelegde onderzoeksmaatregelen; zie ook bloedonderzoek: o.m. Paris 4 november 1981, *D.* 1982, 355, noot J. MASSIP). Zie ook naar Zwitsers recht: *Berner Kommentar*, "Art. 124", al. 2. Zie ook het Duitse en Oostenrijkse recht, waarvoor de impotentie evenwel relatief en onvolledig mag zijn: o.m. OLG Hamm, *FamRZ* 1966, 104 (is recentste rechtspraak). Deze criteria figureerden voorheen ook in oud art. 1636 Portugese C.C.; oud art. 35, nr. 3 Noorse wet; oud art. 3 Zweedse wet; oud art. 44-3 Deense wet. De soepelste regeling vandaag biedt art. 17 Italiaanse wet van 19 mei 1975: "dwaling omtrent psychische ziekte": hierover J. POUSSON-PETIT (1981), 425. Zie ook naar Spaans recht: F. GIL-DE-LAS-HERAS, "La nulidad matrimonial por incapacidad psíquica", *Revista de Derecho Privado* 1989, 923-937.

o.m. neemt eenzelfde houding aan t.a.v. onvruchtbaarheid<sup>280</sup>.

112. De Belgische en Nederlandse rechter stellen zich vooralsnog terughoudend op<sup>281</sup>.

### C.2.B. HET BELETSEL VAN DE BESMETTELIJKE OF ERFELIJKE ZIEKTE

#### \* *Het beletsel naar buitenlands familierecht*

113. In meerdere rechtstelsels vormen ernstige fysieke aandoeningen een beletsel om te huwen. Geslachtsziekten en/of andere besmettelijke ziekten vormen een beletsel naar o.m. Argentijns<sup>282</sup>, Engels<sup>283</sup>, Bulgaars<sup>284</sup>, Chinees<sup>285</sup>, Hong Kongs, Indisch<sup>286</sup>, Macedonisch<sup>287</sup>, Mauretaans<sup>288</sup>, Panamees, Paraguayaans<sup>289</sup>, Peruviaans<sup>290</sup>, Uruguayaans, Roemeens<sup>291</sup>, Nieuw-Zeelands recht, evenals naar het recht van meerdere Staten in de V.S.

114. Andere rechtstelsels, waaronder het Braziliaanse, Duitse, Italiaanse<sup>292</sup>, voormalig Joegoslavische, Noorse, Oostenrijkse, Russische<sup>293</sup>, Spaanse en Zwitserse recht, staan toe dat het huwelijk bij besmettelijke of geslachtsziekte wordt nietigverklaard op grond van dwaling<sup>294</sup>. Naar Roemeens recht kan dwaling tevens worden ingeroepen m.b.t. andere ernstige fysieke ziekten.

115. Het Bulgaarse recht concretiseert het beletsel aan de hand van een niet-

<sup>280</sup> Hierover J. POUSSON-PETIT (1981), 444-445; H. DOLLE, o.c., § 26, 321, met verwijzing naar OLG München HRR, 1941, 471. *Contra* (wegens immorele grond): J. WENGLER, o.c., 107, met verwijzing naar OLG Schleswig, *Schl HA* 1956, 241.

<sup>281</sup> O.m. Brussel 22 januari 1980, *R.W.* 1979-80, 2920; Rb. Brussel 12 april 1957, *Bull. Avoués* 1958, 20; G.A. JANSEN OP DE HAAR, "Nietigverklaring van het huwelijk op grond van krankzinnigheid of impotentie", *N.J.B.* 1963, 317. Zie ook

<sup>282</sup> E.J. MONTI en N. MINYERSKI, "El SIDA y los impedimentos matrimoniales", *Revista Juridica Argentina* 1991, 841-847.

<sup>283</sup> Sectie 12 Matrimonial Causes Act 1973. Section 13 (1) a geeft evenwel aan dat een bewijs van aanvaarding ten tijde van de huwelijksluiting algemeen geldt als grond om een vordering tot nietigverklaring wegens overtreding van section 12 af te wijzen. Hierover o.m. K. BRUNNER, "Nullity in unconsummated marriages", *I.c.*; BERGMANN en FERID, "Grossbritannien", *I.c.*

<sup>284</sup> M. MLADENOVIC, M. JANJIC-KOMAR en C. JESSELT-HOLST, "The family in Post-Socialist Countries", *Persons and Family*, IV, Chapter 10, *C.I.E.C.*, Tübingen/Dordrecht, Mohr/ Martinus Nijhoff, 1998.

<sup>285</sup> Art. 6 Chinese huwelijkswet j° art. 9 Huwelijksregistratiewet van 31 december 1985..

<sup>286</sup> Het Indiase Hooggerechtshof bevestigde in 1999 nog het huwelijksverbod voor seropositieven: *De Morgen* 27 november 1999, 11.

<sup>287</sup> M. MLADENOVIC, M. JANJIC-KOMAR en C. JESSELT-HOLST (1998).

<sup>288</sup> Art. 44 familiewet (omschrijving beperkt tot "ernstige ziekte").

<sup>289</sup> J. VAN DE VELDE, o.c., 377.

<sup>290</sup> J. VAN DE VELDE, o.c., 381.

<sup>291</sup> Pools decreet 16 april 1946. De ambtenaar van de burgerlijke stand vraagt er evenwel nooit om een attest: D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 181, noot 128. Hierover ook: M. MLADENOVIC, M. JANJIC-KOMAR en C. JESSELT-HOLST (1998).

<sup>292</sup> Art. 122, par. 2, nr. 1 C.C.

<sup>293</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 32 en 77.

<sup>294</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 47.

limitatieve lijst<sup>295</sup>. Is de partner van de ziekte op de hoogte en wil hij niettemin een huwelijk aangaan, dan wordt het beletsel genegeerd, mits de ziekte niet erfelijk is<sup>296</sup>. De partner kan m.a.w. aan risico-aanvaarding doen voor zichzelf, maar niet voor zijn mogelijke nageslacht. Is het evenwel duidelijk dat er geen kinderen geboren zullen worden, wegens hoge leeftijd of onvruchtbaarheid, dan kan ook het beletsel van een erfelijke ziekte worden gedekt. In deze gevallen betreft het hoogstens een verbiedend beletsel en kan het huwelijk met een besmettelijk zieke die geen erfelijk gezondheidsrisico vormt voor zijn nageslacht hoogstens op grond van dwaling worden nietigverklaard, n.a.v. een vordering die is voorbehouden aan de dwalende partner.

**116.** Om controle op de vereiste mogelijk te maken, wordt bij het aangaan van elk huwelijk de voorlegging van een gezondheidscertificaat en een verklaring van beide partners aan de burgerlijke stand gevraagd. Valse verklaringen zijn strafbaar. Het certificaat mag dateren van hoogstens dertig dagen vóór de huwelijksvoltrekking en wordt afgegeven door het departement voor openbare gezondheid. Blijkt een huwelijk te zijn aangegaan in overtreding van de bepaling, dan kunnen de partners en de procureur des Konings de nietigverklaring vorderen. Andere belanghebbenden worden m.a.w. uitgesloten. De gevolgen van een nietigverklaring lijken op die van een echtscheiding en gaan slechts in *ex nunc*. Ook hier werkt de nietigheid m.a.w. niet terug in de tijd.

**117.** Meerdere rechtsordes, o.m. de Franse<sup>297</sup>, Iraakse, Marokkaanse<sup>298</sup>, Noorse<sup>299</sup>, Roemeense<sup>300</sup>, Russische<sup>301</sup>, Syrische<sup>302</sup> en Tunesische<sup>303</sup>, stellen een gelijkaardige controle in en vereisen dat elke huwelijkspartner een gezondheidscertificaat voorlegt. O.m. de Franse en Russische regeling schrijven daarbij de nodige eerbied in voor het medisch geheim.

<sup>295</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 46; M. MLADENOVIC, M. JANJIC-KOMAR en C. JESSELT-HOLST (1998).

<sup>296</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 32.

<sup>297</sup> Art. 63 par. 2 C.C. en art. 155 Loi sur la santé publique. Dispensatie van de vereiste is voorzien bij bv. een huwelijk *in extremis* en kan discretionair worden verleend door de procureur des Konings: art. 75 en 169 C.C. De kosten van het onderzoek worden gedragen door de socialezekerheidskassen (voor aangeslotenen) en door de dienst voor gratis medische zorg voor zij die deze zorg genieten: art. 158 Loi sur la santé publique. Bij decreet van 17 maart 1978 zijn enerzijds een aantal onderzoeken toegevoegd aan de test (rubeus, toxoplasmose) en is anderzijds het radiologisch longonderzoek afgeschaft, tenzij er een specifieke aanwijzing is dat dergelijk onderzoek zich opdringt.

<sup>298</sup> Art. 41, lid 7 Mud., ingevoerd in 1993. Hierover: M.-CL. FOLETS, "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocains relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie)", *Rev. dr. étr.* 1994, 128.

<sup>299</sup> § 5 Noorse wet nr. 47 van 4 juli 1991 betreffende het huwelijk. Hierover o.m. BERGMANN en FERID, "Norwegen", *l.c.*, 22 en D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 47: het huwelijk kan slechts worden aangegaan mits de zieke door de dokter is verwittigd over de risico's van de ziekte en de andere partner ervan op de hoogte is.

<sup>300</sup> M. MLADENOVIC, M. JANJIC-KOMAR en C. JESSELT-HOLST (1998).

<sup>301</sup> Art. 15 familiewet van 1995.

<sup>302</sup> M.b.t. het Iraakse en Syrische recht: J.J. NASIR (1990), 30-31.

<sup>303</sup> S. BEN HALIMA, "Religion et statut personnel en Tunisie", *Rev. tun. dr.* 2000, 127.

Bepaalde rechtsstelsels laten de eindbeslissing evenwel over aan de partners zelf en koppelen geen huwelijksbeletsel aan een ongunstig resultaat<sup>304</sup>. Naar Frans recht stelt het gezondheidscertificaat, dat dateert van hoogstens twee maanden voor de huwelijksafkondiging<sup>305</sup>, enkel dat een medisch onderzoek heeft plaatsgevonden<sup>306</sup>. De partners worden individueel door de dokter op de hoogte gebracht van de resultaten, en beslissen autonoom of ze hun partner van de resultaten in kennis stellen<sup>307</sup>. De vereiste wil geen inbreuk plegen op de huwelijksvrijheid, en beperkt zich ertoe een extra stimulans te bieden opdat een zieke zich zou realiseren dat hij niet klaar is voor het huwelijk<sup>308</sup>. Een gelijkaardige regel geldt in Brazilië, Iran, Irak en sommige Staten van de V.S.A.<sup>309</sup> De verplichting heeft in deze landen aldus geen onmiddellijke rechtsgevolgen. Ook dwaling op grond van de gezondheidstoestand kan er niet worden ingeroepen. Enerzijds is de voorwaarde aldus strenger door de formele vereiste die eraan wordt verbonden, anderzijds biedt ze de partner geen enkele bescherming. *En mariage trompe qui peut...* Men kan steeds de diagnose verzwijgen. De partner heeft niettemin de mogelijkheid om zijn huwelijkstoestemming afhankelijk te stellen van de voorlegging van het onderzoeksresultaat. In dat opzicht kan niet langer worden gesproken van dwaling: de partners kennen hun rechten en moeten die dan ook maar zelf afdwingen. Doen ze dat niet, dan doen ze aan risico-aanvaarding. Deze regeling lijkt ons de meest billijke. De partners behouden hun vrijheid<sup>310</sup>.

<sup>304</sup> Zie o.m. het Noorse recht: verplichting om een verklaring af te leggen van het al dan niet lijden aan een geslachtsziekte. Een SOA vormt een beletsel, tenzij de andere partner er op voorhand kennis van had en beide partners door een dokter mondeling zijn geïnformeerd over de risico's: § 5 en § 6f wet nr. 47 van 4 juli 1991 betreffende het huwelijk, *besproken in* BERGMANN en FERID, o.c., 22.

<sup>305</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 47.

<sup>306</sup> De arts suggereert om een HIV-test uit te overen, maar kan de betrokkene er niet toe verplichten: art. 48-II wet 27 januari 1993. Hierover: J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1999, 24.

<sup>307</sup> Art. 16-4 en 63 § 2 C.C. en art. 155 Loi sur la santé publique.

<sup>308</sup> De wetgever hoopt op wederzijdse loyaliteit, solidariteit en vertrouwen. De ambtenaar van de burgerlijke stand die een huwelijk sluit zonder dat een attest of dispensatie is voorgelegd loopt evenwel het risico op een boete: "Mariage", in P. RAYNAUD en J.L. AUBERT (eds), *Rép. Dr. droit civil Dalloz*, nr. 68-69. Hierover ook: J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*, Brussel, Larcier, 1981, 370-371 (zie ook over de vroegere sterilisatieplicht in geval van erfelijke ziekte).

<sup>309</sup> H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, St Paul, West Publishing Co, 1988, 98: o.m. Alabama, New York, Michigan en New-Jersey vereisen een medisch attest (verbiedend huwelijksbeletsel). Een niet-besmettelijke ziekte vormt geen huwelijksbeletsel. Er is vooral waakzaamheid t.a.v. HIV-besmettingen en andere SOA's. Is de vrouw zwanger, dan kan ze in bepaalde omstandigheden vrijstelling krijgen van medisch onderzoek. Bepaalde staten, waaronder Michigan, staan een vrijstelling ook toe als de test in strijd zou zij met het geloof van de betrokkene.

<sup>310</sup> Zie evenwel o.m. P. RAYNAUD en J.L. AUBERT, *Rép. Dr. droit civil Dalloz*, "Mariage", nr. 72 en 102 en R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, 1963, die zich de vraag stellen naar het nut van een regel die vertrouwt op de verantwoordelijkheidszin van het koppel. Zie ook voorstellen om een mededelingsplicht in te voeren: L. BARDIAU, *Le certificat prénuptial*, doct., Paris, 1930; P. VOIRIN, "Le certificat d'examen médical prénuptial", *J.C.P.* 1943, I, 322; J.C. LOMBOIS, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, Paris, L.G.D.J., 1963; C.

**118.** In o.m. Hongarije en Slovenië stelt de huwelijkswet de vereiste in dat de partners een huwelijksconsulent raadplegen<sup>311</sup>.

**119.** Naar Belgisch, evenals naar Nederlands en Duits<sup>312</sup>, huwelijksrecht is dergelijke regeling niet getroffen. Het Belgische verblijfsrecht, meer bepaald art. 43, 46 en 58 van de Vreemdelingenwet, wijst uit dat het gezondheidscertificaat in andere aangelegenheden wél verplicht is gesteld, *in casu* de machtiging van studenten uit een derde land tot het verblijf. Daarnaast kunnen alle vreemdelingen, ook EU-onderdanen en gelijkgestelden, de toegang tot het Rijk of tot het verblijf worden ontzegd om redenen van volksgezondheid<sup>313</sup>. Art. 43, 4° Vreemdelingenwet heeft deze weigeringsgrond limitatief omschreven d.m.v. een exhaustieve opsomming van ziekten die aan de grondslag kunnen liggen van een weigering. Een gelijkaardige regeling is tevens getroffen in onze buurlanden.

**120.** De genoemde verplichting om een medisch onderzoek te ondergaan, al dan niet gekoppeld aan een absoluut huwelijksverbod voor ernstig zieken, is inmiddels in meerdere rechtsordes afgeschaft. COESTER-WALTJEN geeft aan dat deze afschaffing meermaals niet ingegeven is geweest door principiële, maar eerder door praktische overwegingen. De verplichting werd bv. in Polen afgebouwd wegens administratieve overbelasting. In Turkije gingen steeds meer mensen niet-burgerlijk en aldus ongeldig huwen bij de *imam* om aan het verplichte onderzoek te ontsnappen. Het onderzoek botste met hun traditionele

---

ROBERT, "Hérédité et morale", in GROUPE LYONNAIS D'ÉTUDES MÉDICALES, PHILOSOPHIQUES ET BIOLOGIQUES, *Médecine et mariage*, Paris, Spes, 1952, 153. *Contra*: F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 180: een mededeling van medische gegevens is verenigbaar met art. 8, tweede lid E.V.R.M., ter bescherming van de openbare orde. De Raad van Europa heeft evenwel een aanbeveling uitgevaardigd om het medisch geheim te eerbiedigen, ook in geval van AIDS (Aanbeveling 1116 (1989) van 29 september 1989 m.b.t. AIDS en de mensenrechten), evenals een Aanbeveling 90)13 van 21 juni 1990 m.b.t. de bescherming van genetische gegevens (i.h.b. beginselen 7, 12 en 13). De WHO heeft reeds te kennen gegeven dat ze dergelijke mededelingsplicht als een inbreuk beschouwt op de huwelijksvrijheid: WHO, *Diagnostic et lutte contre le SIDA – situation actuelle*, Genève, 1987.

<sup>311</sup> M. MLADENOVIC, M. JANJIC-KOMAR en C. JESSELT-HOLST (1998).

<sup>312</sup> Over voorstellen in het verleden om gezondheidscertificaten in te voeren: o.m. H. OBERLOSKAMP, *Die materiellen Ehevoraussetzungen: eine vergleichende Gegenüberstellung des französischen, englischen und deutschen Rechts*, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1972, 129.

<sup>313</sup> Art. 43, 46 en 58 Vreemdelingenwet zijn de enige bepalingen die expliciet verwijzen naar volksgezondheid. Andere bepalingen, waaronder art. 3, 7° en art. 7, 3° Vreemdelingenwet (weigering van toegang voor kort verblijf resp. bevel om het grondgebied te verlaten), art. 11 (m.b.t. weigering van toelating tot het verblijf voor derdelanders op grond van gezinshereniging met een derdelander: verwijzing naar art. 3), art. 15 eerste en laatste lid (weigering van vestiging), art. 19, vierde lid (verbod van terugkeer na afwezigheid), art. 22 en art. 25, derde lid, verwijzen slechts naar de situatie waarin de vreemdeling geacht wordt de veiligheid van het land te kunnen schaden. Het ontbreken van een expliciete verwijzing naar de nationale gezondheid schept verwarring, aangezien dergelijke verwijzing, zoals gezegd, wel voorkomt in art. 43, 46 en 58 Vreemdelingenwet. Betekent dat dat in de genoemde bepalingen de notie 'veiligheid' niet verruimd mag worden tot 'veiligheid op het vlak van gezondheid'? We menen het tegendeel. We kunnen ons immers niet indenken dat strengere bepalingen zouden zijn beoogd t.a.v. EU-onderdanen en gelijkgestelden dan t.a.v. (andere) derdelanders.

en religieuze leefwijze. De wetgever heeft dan maar besloten om het certificaat nog slechts verplichtend te stellen als de andere partner dat eist<sup>314</sup>. Ook privé dokters kunnen het uitschrijven.

In de meeste andere Staten zou het beletsel overigens in onbruik zijn geraakt<sup>315</sup> of minstens zijn afgezwakt<sup>316</sup>. In bepaalde rechtsordes kan AIDS of een geslachtziekte evenwel tot op vandaag aan de grondslag liggen van een nietigverklaring van het huwelijk<sup>317</sup>.

**121.** De geestesziekte kan eveneens onder dit huwelijksverbod geplaatst worden, in gevallen waar ze een huwelijksbeletsel vormt zonder dat de betrokkene voorafgaandelijk gerechtelijk huwelijksontbevoegd is verklaard<sup>318</sup>. Naar Noors recht kan de voorlegging van een certificaat van mentale bekwaamheid worden geveerd indien de omstandigheden het nut daarvan aangeven<sup>319</sup>. We bespraken dit beletsel reeds bij onze behandeling van de toestemmingsvereiste<sup>320</sup>. Het is m.n. gesteund op de opvatting dat de betrokkene niet in staat is om zijn wil te uiten. We verwezen bij de bespreking naar rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten waarbij werd aangenomen dat een huwelijksverbod bij verzet van de moeder tegen het huwelijk gerechtvaardigd is<sup>321</sup>.

Hetzelfde geldt voor de onbekwaamheid om te huwen wegens doofstomheid, zoals ingesteld in o.m. Argentinië, Chili en Peru<sup>322</sup>.

**122.** Bepaalde buitenlandse wetgevingen, o.m. de Franse en Nederlandse,

<sup>314</sup> Over de voormalige art. 122-124 Turkse wet betreffende de openbare gezondheid, die een verbiedend huwelijksbeletsel instelde o.m. J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*, Brussel, Larcier, 1981.

<sup>315</sup> Verwijzing door A. HENDRIKS, "Nieuwe Marokkaanse wetgeving doorstaat toets mensenrechten niet", *M.R.* 1994, 89, naar SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW, *Comparative study on discrimination against persons with HIV/AIDS*, Raad van Europa, Strasbourg, 1993, 69.

<sup>316</sup> A. HENDRIKS, *l.c.*, 88-90: het Marokkaanse consulaat in Amsterdam heeft alvast m.b.t. Marokkanen in het buitenland 'verduidelijkt' dat de medische verklaring er louter op is gericht om AIDS-zieken op te sporen. TBC lijkt geen huwelijksverbod met zich mee te brengen. De gevolgen van een HIV-besmetting zijn onduidelijk. Nadat gebleken was dat meerdere Nederlandse artsen het moeilijk hadden met de afgifte van de gevraagde verklaring, gaf het consulaat te kennen dat het genoeg neemt met de verklaring dat de patiënt in geestelijke en lichamelijke gezondheid verkeert.

<sup>317</sup> O.m. art. 15 en 27-30 Russische familiewet.

<sup>318</sup> O.m. voorheen in Zwitserland, opgeheven in 1998 op grond van 12 E.V.R.M.: C. HEGNAUER en P. BREITSCHMIDT, *Grundriss des Eherechts*, Bern, Stampfli, 2000, 42 en 1993, 45, met referentie naar auteurs die voorheen reeds de schending opwierpen.

<sup>319</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 68. Hierover ook J. POUSSON-PETIT (1981), 465.

<sup>320</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 355 e.v.

<sup>321</sup> E.C.R.M. nr. 13742/88, zaak-de Francesco t. Italië, 12 maart 1990, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 13823/88 van 12 maart 1990, zaak-De Luca t. Italië, aangeh. in D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 170.

<sup>322</sup> Art. 24 Peruviaanse familiewet.

vereisen een ouderlijke instemming of instemming van de familieraad, van een curator of van een rechter met het huwelijk van personen onder gerechtelijke voogdij of curatele<sup>323</sup>. Ook deze vereiste stuit o.i. de openbare orde. Het moet o.i. kunnen volstaan om na te gaan of de toestemming van de huwelijkskandidaat zelf vrij is verleend. Hetzelfde geldt voor Belgische verlengd minderjarigverklaarden. Zij moeten o.i. een strikt persoonlijke (rechts-)handeling vrij kunnen stellen.

**\* De omgang binnen het I.P.R. met deze vereiste**

**123.** Meerdere auteurs menen dat een huwelijksverbod wegens licht zwakke mentale gezondheid of een zwakke gezondheidssituatie een inbreuk begaan op de kern van het recht om te huwen<sup>324</sup>, maar spreken zich niet uit over het huwelijksverbod bij besmettelijke en erfelijke ziekte.

Slechts vier auteurs uit onze literatuurlijst spreken zich over deze vraag uit. POUSSON-PETIT en VAN GRUNDERBEECK menen dat het verbod strijdig is met het beginsel van de huwelijksvrijheid<sup>325</sup>. O.i. is het tevens discriminatoir. Art. 9 j° 21 Handvest Grondrechten E.U., levert ter zake een expliciete grond op door zijn verbod van discriminatie op grond van handicap en van genetische kenmerken (binnen de grenzen van zijn toepassingsgebied). VASSEUR-LAMBRY en CLARK menen daarentegen dat een verbod art. 8 E.V.R.M. resp. het gelijkheidsbeginsel niet schendt, aangezien de nationale veiligheid en gezondheid een gerechtvaardigde inbreuk op het recht op bescherming van het gezinsleven kan vormen<sup>326</sup>.

<sup>323</sup> Art. 514 C.C. (toestemming curator meerderjarige); art. 506 C.C. (toestemming beide ouders of, bij onmogelijkheid, familieraad voor een meerderjarige onder voogdij. Voor de laatste is tevens steeds het advies van de behandelende arts vereist). Art. 37 N.B.W. (toestemming curator voor persoon die wegens drankmisbruik of verkwisting onder curatele staat); art. 38 N.B.W. (toestemming kantonrechter voor persoon die onder curatele staat wegens geestelijke stoornis). Art. 72 N.B.W. geeft aan dat het slechts een verbiedend beletsel betreft: "Een huwelijk kan niet nietig worden verklaard uit hoofde dat op het tijdstip van de huwelijksvoltrekking een der echtgenoten onder curatele stond, en het huwelijk klaarblijkelijk het ongeluk van de andere echtgenoot zou veroorzaken".

<sup>324</sup> G.J.H. VAN DIJK en P. VAN HOOFF (1998), 604; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (2001), 367: de openbare orde verzet zich tegen vrijheidsbeperkende beletselen. B. AUDIT (2000), 545, noot 1, geeft aan dat een oordeel ter zake niet eenvoudig is, maar wijst erop dat noch een sexuele relatie, noch de voortplanting kunnen worden voorkomen door een huwelijksverbod. O.i. suggereert hij hiermee impliciet dat het verbod niet veel zin heeft. Niettemin merkt hij op dat een onderscheid zou kunnen worden gemaakt naargelang het al dan niet gaat om een nationaliteitsgemengd huwelijk, meer bepaald om mogelijk toch een toepassing van het beletsel te overwegen als de partners aan eenzelfde *lex patriae* onderworpen zijn die het huwelijksbeletsel oplegt. Audit steunt zijn overweging op de vaststelling dat het een beletsel betreft met sociologische inslag, die de betrokkenen een beleving van hun huwelijk in het land van herkomst of in bepaalde sociale kringen haast onmogelijk zou maken. Niettemin suggereert hij met een verwijzing naar de corrigerende werking van de *lex fori* o.i. tevens impliciet dat een rol kan zijn weggelegd voor het criterium van de *Inlandsbeziehung* op grond van verblijf.

<sup>325</sup> J. POUSSON-PETIT (1981), 373, haalt aan dat het Belgisch, Nederlands, Duits, Oostenrijks, Italiaans, Spaans, Portugees en Zwitsers recht vandaag reeds in die zin oordelen; D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 182.

<sup>326</sup> F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 180; H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United*

De Raad van Europa heeft alvast met enkele aanbevelingen gesuggereerd om het medisch geheim te eerbiedigen<sup>327</sup>.

**124.** De C.I.E.C. heeft zich o.m. in punt 3 Aanbeveling Algemene Vergadering betreffende het huwelijksrecht van 8 september 1976 uitgesproken tegen een onderschikking van de mogelijkheid om te huwen aan een goed medisch resultaat aanbevelingen vermeld.

De voormalige E.C.R.M. heeft evenwel in de zaak-Rees verwezen naar de toelaatbaarheid van een huwelijksbeperking op grond van fysieke onmogelijkheid om zich voort te planten<sup>328</sup> en oordeelde in de zaak-Van Oosterwijck in dezelfde zin m.b.t. impotentie<sup>329</sup>.

**125.** Volgens BOULANGER past de Franse I.P.R.-rechter het beletsel systematisch toe<sup>330</sup>. Hij geeft impliciet aan dat deze optie niet heiligmakend is, door te verwijzen naar de V.S., waar meerdere Staten de nietigheidsgrond in het recht van een andere V.S.-Staat niet toepassen als ze deze zelf niet kennen. Hiermee suggereert hij impliciet om ervan uit te gaan dat de werking van het beletsel zich beperkt tot het grondgebied van de instellende rechtsorde.

**126.** De aandacht voor de besmettelijke en erfelijke ziekte vervult een steeds ruimere rol in de dwalingsleer<sup>331</sup>. In het verblijfsrecht, ook de regeling inzake gezinshereniging, kan de ziekte een weigeringsgrond voor toelating tot het verblijf vormen, ter bescherming van de nationale veiligheid en gezondheid<sup>332</sup>. In het licht van deze ruime confrontatie met Belgische weigeringsbeslissingen op grond van gevaarlijke ziekte, vermoeden we dat bepaalde rechters mogelijk nog bereid zijn om een buitenlands huwelijksbeletsel op grond van ziekte toe te

---

*States*, St Paul, West Publishing Co, 1988, 99, stemt in met de enige Amerikaanse uitpraak tot nog toe. Deze bevond de vereiste grondwettig: *arrest-Peterson v. Widule*, 157 Wis. 641, 147 N.W. 966, (1914), 28 Harv.L.Rev. 112 (1914).

<sup>327</sup> Art. 7, 12 en 13 Aanbeveling R(90)13 van 21 juni 1990 Comité van ministers Raad van Europa over prenatale genetische screening en diagnose en over verboden genetische voorlichting; punt 33 Aanbeveling R (89)14 m.b.t. de ethische gevolgen van de HIV-infectie in het sociale en sanitaire kader; Aanbeveling 116 (1989) Parlementaire vergadering Raad van Europa betreffende aids en mensenrechten.

<sup>328</sup> E.C.R.M., zaak-Rees, § 55.

<sup>329</sup> E.C.R.M., zaak-Van Oosterwijck, nr. 7654/76, 1 maart 1979, § 59.

<sup>330</sup> F. BOULANGER (1992), I, 226, met verwijzing naar Grenoble 19 juni 1963, *D.* 1964, somm. 43: m.b.t. het Italiaanse huwelijksbeletsel op grond van impotentie. Toepassing na een vordering tot buitentoepassingverklaring op grond van de openbare orde.

<sup>331</sup> Overigens ook als grond om het huwelijk nietig te verklaren wegens bedrog in o.m. Noorwegen, Joegoslavië en Engeland (J. POUSSON-PETIT (1981), 452-454) en in enkele Amerikaanse Staten (H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, St Paul, West Publishing Co, 1988, 99: m.b.t. SOA in o.m. Delaware, Michigan (voor syfilis en gonorröe), Nebraska (elke geslachtsziekte).

<sup>332</sup> O.m. art. 3, 7° (kort verblijf), art. 10*bis* (gezinshereniging bij een student en gezinshereniging van een gehandicapt meerderjarig kind), art. 11 (alle andere situaties van gezinshereniging) en art. 15 (machtiging tot vestiging) Vreemdelingenwet.



passen<sup>333</sup>.

Wij menen evenwel dat beide genoemde weigeringsomstandigheden niet vergelijkbaar zijn met de omstandigheid van een huweliksverbod. Ze hebben beide betrekking op de omstandigheid dat één van de betrokkenen weigert om de ziekte te aanvaarden. De andere huwelijkspartner resp. de overheid kunnen ervoor opteren om geen negatieve gevolgen te verbinden aan de ziekte-toestand, en het huwelijk resp. de machtiging/toelating tot het verblijf wél doorgang te laten vinden. Een huweliksverbod laat de partners daarentegen niet deze keuze om met kennis van zaken toch voor een huwelijk te kiezen.

Om die reden menen we dat het verbod ongeoorloofd is en het beginsel van de huwelijksvrijheid schendt.

**127.** Bepaalde auteurs menen evenwel dat de exceptie van openbare orde niet kan worden ingeroepen tegen de nietigheidsgrond, aangezien die is ingegeven door de opvatting dat het huwelijk de partners niet mag schaden<sup>334</sup>.

**128.** Wij sluiten ons evenwel aan bij de stelling van de hogergenoemde auteurs, dat het recht om te huwen door de genoemde beletselen wordt aangetast in zijn kern<sup>335</sup>. Het argument van de volksgezondheid kan slechts een inbreuk rechtvaardigen op een grondrecht mits de inbreuk wettelijk is, een legitiem doel heeft, in proportionele verhouding tot dat doel staat en mits dat doel niet met minder vergaande middelen bereikt kan worden<sup>336</sup>. COESTLER suggereert op o.i. overtuigende wijze om een afweging te maken van enerzijds de bekommernis om de bevolking tegen besmettelijke ziekten te beschermen, om de samenleving zo stabiel mogelijke vruchtbare huwelijken te geven, om op de financiële en educatieve autonomie van gezinnen te kunnen rekenen, om het individu tegen zichzelf te beschermen (vrije toestemming), en van anderzijds het verlangen van eenieder om geliefd te worden en de algemene aversie tegen overheidsinmenging in een privézaak als het huwelijk<sup>337</sup>.

Een goede voorlichting, zoals verplicht is gesteld door meerdere hierboven aangehaalde wetgevingen, vormt o.i. een proportionelere maatregel<sup>338</sup>.

<sup>333</sup> O.m. volgende auteurs evalueren het beletsel niet op zijn toepasbaarheid en beperken zich tot de opmerking dat het een bilateraal beletsel betreft: G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 220; L. PALSSON (1981), 306-308, lijkt overigens impliciet aan te geven dat de vereiste best wordt toegepast.

<sup>334</sup> O.m. A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme", *I.c.*, 134.

<sup>335</sup> Cf. *supra*, de auteurs aangehaald m.b.t. andere beletselen, onder wie M. NOWAK, o.c. Zie ook A. HENDRIKS, *I.c.*, 88-90.

<sup>336</sup> De Amerikaanse rechter heeft op gelijkaardige wijze dergelijke beperkingen reeds toelaatbaar bevonden mits ze niet "arbitrary, oppressive or unrealistic" zijn: verwijzingen in A. HENDRIKS, *I.c.*, 89.

<sup>337</sup> D. COESTER en M. COESTER-WALTJEN (1997), 41.

<sup>338</sup> Zie ook A. HENDRIKS, *I.c.*, 89. Bij de beoordeling moeten we weliswaar aandacht opbrengen voor de mogelijke gevolgen van deze of gene beslissing. Uit het jaarrapport 1999 van UNAids blijkt dat een Indiase vrouw door haar schoonfamilie wordt verstoten als haar echtgenoot aan

De onmogelijkheid om een mededelingsplicht op te leggen kan worden gecompenseerd door aan te nemen dat de ziekte een dwalingsgrond kan zijn<sup>339</sup> in geval hij een normale beleving van het huwelijk definitief in de weg staat<sup>340</sup>.

### C.2.C. HET VERBOD OM TE HUWEN MET DE MOORDENAAR VAN ZIJN VORIGE ECHTGENOOT

129. Naar Spaans<sup>341</sup>, Portugees, Angolees<sup>342</sup>, Argentijns, Boliviaans, Braziliaans<sup>343</sup>, Chileens<sup>344</sup>, Colombiaans, Costa Ricaans, Cubaans<sup>345</sup>, Ecuadoriaans, Salvadoriaans, Hondurees, Mexicaans, Nicaraguaans, Panamees, Paraguayaans, Peruviaans<sup>346</sup>, Uruguayaans en Venezolaans recht geldt een verbod om opnieuw te huwen als één van de huwelijkskandidaten de echtgenoot van één van hen om het leven heeft gebracht of medeplichtige bij de moord was. Naar Italiaans recht volstaat daartoe een loutere poging tot moord op zijn echtgenoot of de echtgenoot van zijn minnaar<sup>347</sup>.

130. Art. 2 van het Haagse Verdrag van 12 juni 1902 tot regeling van strijdigheid in wetten inzake huwelijk laat expliciet toe dat een huwelijk in dergelijke situatie wordt verboden. Meer nog, de Staat van huwelijksluiting kan het huwelijk verbieden, ook als het nationale recht van de betrokkenen daar geen probleem in ziet. Het beletsel mag m.a.w. als verbiedend beletsel van openbare orde worden toegepast.

Uit het Haagse Huwelijksverdrag van 10 september 1964 blijkt impliciet dat Duitsland, Nederland en Turkije bereid zijn om het betreffende beletsel van de Spaanse verdragspartner toe te passen<sup>348</sup>.

---

AIDS overlijdt. In dat opzicht kan een huwelijksverbod problemen helpen vermijden. De vrouw blijkt haar verstoting evenwel niet te kunnen voorkomen door negatieve HIV-testen voor te leggen. Hieruit blijkt dan weer dat het huwelijksbeletsel niet in rechtstreeks verband met haar eigen gezondheidssituatie staat. De vrouw wordt in dit verband juridisch niet beschermd tegen buitenechtelijke relaties van haar man en loopt hierdoor altijd risico op verstoting uit de familie.

<sup>339</sup> Voor het Belgische I.P.R. kunnen we opnieuw verwijzen naar het Brusselse arrest van 1987 waarmee duidelijk werd dat nietigverklaring wegens dwaling op grond van essentiële eigenschappen doorgang begint te vinden: Brussel 31 maart 1987, *J.T.* 1988, 194. Zie o.m. art. 107 Zwitserse C.C. dat nietigverklaring op grond van bedrog toelaat. Deze grond verwees voorheen overigens expliciet naar bedrog op het vlak van de gezondheidstoestand.

<sup>340</sup> We willen de uitbreiding van de dwalingsleer zo beperkt mogelijk houden, om misbruik te voorkomen. De grens met echtscheidingsgronden vervaagt er immers door (*cf. supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), *randnrs* 340 e.v.).

<sup>341</sup> Art. 47 familiewet. Sinds 1981 is dispensatie van het huwelijksverbod evenwel mogelijk: art. 48 familiewet.

<sup>342</sup> Art. 26 familiewet.

<sup>343</sup> Art. 183 Braziliaanse familiewet.

<sup>344</sup> Art. 6 familiewet.

<sup>345</sup> M. MLADENOVIC, M. JANJIC-KOMAR en C. JESSELT-HOLST, *I.c.*, 29: het laatste post-socialistische land dat dit verbod kent.

<sup>346</sup> Art. 242, 6° familiewet.

<sup>347</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 28; J. VANDE VELDE, *o.c.*

<sup>348</sup> *Cf. supra*: het Verdrag somt slechts een beperkt aantal gronden op waarop een

**131.** Mocht al worden aangenomen dat een huwelijksverbod in hoofde van de persoon die mogelijk een gevaar vormt voor zijn partner, is gerechtvaardigd, dan nog is dat minder eenvoudig t.a.v. de partner die mee de gevolgen van dat verbod moet dragen. Hij kan niet huwen met de persoon met wie hij zijn leven wil delen. Een maatschappelijke tussenkomst beperkt zich best tot de periode van algemene vrijheidsberoving van de moordenaar, pleger van een moordpoging en zijn medeplichtige<sup>349</sup>. Wordt een huwelijk verboden uit veiligheidsoverwegingen, dan kan het verwonderen dat geen langdurigere of strengere strafrechtelijke maatregelen zijn genomen. Andere verbodsgronden zijn o.i. strijdig met het beginsel van de huwelijksvrijheid.

#### **C.2.D. HET VERBOD OM TE HUWEN MET ZIJN VERKRACHTER OF ONTVOERDER**

**132.** Een verbod om te huwen met zijn ontvoerder geldt zolang de ontvoering voortduurt in o.m. Venezuela, Ecuador<sup>350</sup>, Brazilië, en Peru<sup>351</sup>. Dit verbod kadert o.i. perfect binnen het beginsel van de toestemmingsvereiste. Een expliciet verbod lijkt ons dan ook gerechtvaardigd, maar overbodig. Zoals de ambtenaar kan weigeren om een huwelijk te voltrekken bij tekenen van veinzing, kan hij dat eveneens bij tekenen van dwang.

Door de werking van het beletsel te beperken tot de duur van de ontvoering, kan de betrokkene vanaf de herwinning van zijn fysieke vrijheid ook zijn huwelijksvrijheid herwinnen. Het beletsel kan o.i. onbeperkt worden toegepast.

Het verbod naar Venezolaans recht om te huwen met zijn voormalige verkrachter biedt daarentegen niet de mogelijkheid om aan te tonen dat men, ondanks het verleden, uit vrije wil kiest voor een huwelijk met zijn voormalige verkrachter. Een punitief beletsel gaat o.i. voorbij aan de beginselen van het strafrecht. Zolang iemand een gevaar vormt voor de samenleving of voor een bepaald persoon, moeten de mogelijke slachtoffers beschermd worden tegen elke mogelijke agressie en niet enkel tegen de risico's die zich in de loop van een huwelijk zouden kunnen voordoen. Eenmaal het strafrechtelijk optreden wordt beëindigd, dient de betrokkene terug alle kansen te krijgen tot maatschappelijke herintegratie.

---

huwelijksluiting of erkenning van een buitenlands huwelijk mag worden geweigerd.

<sup>349</sup> Ook voor die periode kan nog de vraag rijzen of een huwelijksverbod of weigering in de praktijk om een huwelijk te voltrekken verenigbaar is met art. 12 E.V.R.M.: cf. *infra*, titel C.2.F.

<sup>350</sup> Art. 96 Ecuadoriaanse familiewet.

<sup>351</sup> O.m. art. 242, 7° Peruviaanse familiewet; J. VAN DE VELDE, o.c.

## C.2.E. HET VERBOD OM TE HUWEN MET EEN PERSOON VAN VERSCHILLENDE NATIONALITEIT OF VERSCHILLENDE SOCIALE RANG

### \* *Het verbod om te huwen met een vreemdeling*

#### - Huidige verboden

**133.** Bepaalde Staten stellen een verbod in om te huwen met een vreemdeling, soms algemeen zoals in Saoedi-Arabië en Irak<sup>352</sup>, soms t.a.v. personen met een bepaalde maatschappelijke functie, bv. (mannelijke) militairen en ambtenaren in Pakistan<sup>353</sup>, medewerkers van het ministerie van buitenlandse zaken in Iran<sup>354</sup>. De sanctie beperkt zich daarbij evenwel vaak tot het mogelijke verlies van zijn functie.

**134.** De Noorse familiewet verbiedt dat in Noorwegen een huwelijk wordt aangegaan met een illegale verblijfhouder<sup>355</sup>. In meerdere andere Staten, waaronder Frankrijk en België, beriepen bepaalde ambtenaren van de burgerlijke stand zich reeds op dergelijk huwelijksbeletsel. Ze worden evenwel meer en meer systematisch door de rechter tot huwelijksvoltrekking verplicht<sup>356</sup>.

<sup>352</sup> O.m. Saoedi-Arabië, bij ministerieel besluit van 13 augustus 1973 en Irak, bij besluit van 27 mei 1978 (Irak ratificeerde nochtans het antiracismeverdrag). Hierover P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 44. Zie ook in het verleden: nazi-Duitland, Zuid-Afrika onder het Apartheidsregime: F. RIGAUX, *Droit international privé*, o.c., I, 359.

<sup>353</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 61.

<sup>354</sup> O.m. art. 1061 Iraanse C.C.: beginselbepaling die huwelijksverbod mogelijk stelt. Dit verbod is nader uitgewerkt m.b.t. tewerkgestelden bij het ministerie van buitenlandse zaken. Een overtreding heeft slechts het verlies van de functie tot gevolg: BERGMANN en FERID, "Iran", *I.c.*, 22, noot 30.

<sup>355</sup> § 5a Noorse wet nr. 47 van 4 juli 1991 betreffende het huwelijk. Dit houdt geen absoluut verbod in: in het buitenland kan een Noor huwen met om het even welke vreemdeling, ook met een persoon die illegaal verblijf houdt in Noorwegen.

<sup>356</sup> Cf. *infra*, hoofdstuk 6 (vormvereisten), m.b.t. de voormalige weigering door bepaalde ambtenaren om het huwelijk van een illegale verblijfhouder af te kondigen. Zie ook F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des Droits de L'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 119-120, over onwettig verblijf als indirect beletsel om te huwen, m.n. over de pogingen van bepaalde burgemeesters om een bevel om het grondgebied af te geven alvorens het huwelijk kan worden voltrokken. Een Franse burgemeester kan immers een beroep doen op de prefect, die bevoegd is om eigenhandig een bevel om het grondgebied af te leveren. VASSEUR-LAMBRY wijst ook op de praktijk van bepaalde ambtenaren van de burgerlijke stand om moeilijk te bekomen documenten op te vragen, de huwelijksssluiting in afwachting van de voorlegging ervan uit te stellen en zo de verblijfsautoriteiten de kans te geven om de betrokkene te verwijderen. Ook heeft de veeleisendheid van bepaalde ambtenaren tot gevolg dat hun verblijfstitel vervalst. Bepaalde rechters hebben een ambtenaar reeds veroordeeld tot huwelijksvoltrekking in het geval van een illegaal die het bevel had gekregen om het grondgebied te verlaten. *In casu* woonde de man reeds sinds een jaar samen met zijn partner en werd hieruit zijn oprechtheid afgeleid. Cass. fr. 18 maart 1992, nr. 91-82.389, *datbank Légifrance*, geeft aan dat de Franse aanpak overeenstemt met de Belgische: zolang een persoon niet verwijderd is, moet zijn huwelijk voltrokken kunnen worden. Huwelijksplannen hoeven een verwijdering evenwel niet in de weg te staan. Het Hof van Cassatie oordeelde *in casu* dat een strafrechtelijke inbreuk op de verblijfswet primeert op het recht om te huwen en dat huwelijksplannen bijgevolg niet van invloed zijn op de geldigheid en afwikkeling van de verwijderingsprocedure. VASSEUR-LAMBRY besluit dat de

**135.** De islamitische rechtsstelsels stellen over het algemeen geen huwelijksbeletsel op grond van nationaliteit in. Slechts de religie van de huwelijkskandidaten staat in deze stelsels centraal<sup>357</sup>. Een uitzondering vormt het Pakistaanse recht, dat een in Pakistan gesloten huwelijk tussen twee Afghanen of Ahmadi niet erkent<sup>358</sup>.

### - Voormalige verboden in Europese rechtsstelsels

**136.** De Franse familiewet verbood tot 1854 een huwelijk tussen een Frans onderdaan en een vreemdeling<sup>359</sup>. Tot 1985<sup>360</sup> gold overigens t.a.v. Franse diplomatieke en consulaire ambtenaren en bepaalde militairen de verbiedende huwelijksvereiste om een ministeriële instemming met het huwelijk voor te leggen<sup>361</sup>. Huwelijksplannen met een vreemdeling werden beoordeeld door een speciaal opgerichte commissie en slechts uitzonderlijk toegestaan<sup>362</sup>. Vooral t.a.v. vrouwelijke diplomaten werd streng opgetreden<sup>363</sup>.

In zo goed als alle socialistische landen zijn tot het eind van de jaren 1980 bijzondere voorwaarden voor een huwelijk met een vreemdeling van kracht geweest<sup>364</sup>.

**137.** In Denemarken gaan opnieuw stemmen op om onderdanen die met een vreemdeling willen huwen aan beperkingen te onderwerpen, bv. om ze tot hun

---

huwelijksvrijheid een lege doos is als ze van de goede wil van de ambtenaren afhangt.

Pres. Rb. Amsterdam 2 juli 1984, KG 1984, 216 en Hof Amsterdam 27 december 1984, RV 1984, 23, *N.J.* 1985, 724, besproken in S. RUTTEN, *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, o.c., 167-168, oordeelden dat een illegale verblijfhouder het recht had om een huwelijk aan te gaan alvorens hij werd verwijderd. Een extra argument daartoe in het licht van 12 E.V.R.M. was dat in Marokko (de vrouw was Marokkaanse) een huwelijk verboden is tussen een moslimse en een niet-moslim, de voorliggende situatie. De rechtbank stond de vordering toe in het licht van de vrijheid om te huwen én de vrijheid van godsdienst. Het Amsterdamse Hof kende de vrouw achteraf overigens een schadevergoeding toe voor de ten onrechte ondergane bewaring ('détournement de pouvoir'). Zie evenwel weigering, mede rekening houdend met het feit dat een huwelijksluiting in Marokko wel mogelijk was: Rb. Utrecht 6 december 1984 en Hof Amsterdam 27 juni 1985, *N.J.* 1986, 34; Pres. Rb. 's Gravenhage 29 januari 1982, *N.J.C.M.* 1983, 509.

<sup>357</sup> O.m. D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 59.

<sup>358</sup> J.A. KROES, "Legalisatie en verificatie: een overzicht", *M.R.* 2001, 7.

<sup>359</sup> Art. 25, zevende lid oud C.C.

<sup>360</sup> Art. 68 Decreet 27 maart 1985, *J.O.* 30 maart 1985.

<sup>361</sup> Deze vereiste werd bepaald door art. 68 van een decreet uit 1969. Hierover F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 148.

<sup>362</sup> Bij toelating werd overigens vereist dat de partner zo snel mogelijk de Franse nationaliteit zou aanvragen. Werd de vereiste genegeerd, dan diende de betrokkene te verschijnen voor een tuchtraad. De vereiste was gegrond op het openbaar belang, het belang van de natie en het recht op verdediging.

<sup>363</sup> Hierover X. PESENTI, "Les couples mixtes et étrangers au regard de la convention européenne des droits de l'homme", in H. FULCHIRON, o.c., 146.

<sup>364</sup> O.m. oud art. 134 Roemeense familiewet. Hierover: M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl/Straatsburg/Arlington, N.P. ENGEL, 1993, 410; S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 27.

vijfentwintigste verjaardag te laten wachten<sup>365</sup>.

**138.** De Haagse Conventie van 1902 vormt voor haar Verdragsstaten, waaronder Nederland, Zwitserland en Duitsland, een belemmering om een uitzondering te maken op de toepasselijkheid van de nationale wet<sup>366</sup>. In tegenstelling tot religieuze huwelijksbeletselen zijn discriminatoire beletselen op grond van ras niet opgenomen in de lijst van beletselen die verworpen kunnen worden in het licht van de openbare orde. Nederland, Zwitserland en Hongarije hebben zich tengevolge daarvan genoodzaakt geweten om tijdens de tweede wereldoorlog het Nürnberg-beletsel toe te passen, *i.e.* het huwelijksverbod tussen een Ariër en een Jood<sup>367</sup>. België daarentegen had zich reeds tijdens de eerste wereldoorlog teruggetrokken uit het Verdrag. Het voorziet niet in een exceptie-clausule. Ten gevolge daarvan kon niet worden opgetreden tegen het Duitse verbod voor Duitse deserteurs om zonder de instemming van hun militaire overheid in België te huwen<sup>368</sup>. O.m. in het kader van de problemen die naar aanleiding hiervan rezen, zegde België het Verdrag op.

**139.** We oordeelden hierboven reeds dat een bepaling die de mogelijkheid om te huwen onderwerpt aan een discretionaire administratieve toelating het beginsel van de huwelijksvrijheid schendt<sup>369</sup>. Dit geldt o.i. ook als die verplichting volgt uit een *contractuele* bepaling. Het *contractenrecht* kan niet de bovenhand krijgen op het familierecht. VASSEUR-LAMBRY meent evenwel, o.i. terecht, dat deze opvatting niet op grote steun van het Europees Hof voor de Mensenrechten moet rekenen<sup>370</sup>. Er wordt op de betrokkenen slechts indirect druk uitgeoefend en ze hebben de vereiste zelf, bij het aangaan van hun *contract* aanvaard. We komen verderop op deze bedenking terug, met speciale aandacht voor de vraag of inderdaad zonder meer algemeen kan worden aangenomen dat een *contractant* vrij elk *contractsbeding* kan weigeren en dat daarom elke afspraak *a priori* gerechtvaardigd zou zijn. M.b.t. de vereiste t.a.v. personen die de Staat dienen, kan overigens worden opgeworpen dat de Staten voor de invulling van het recht om te huwen een ruime appreciatiemarge kan worden geboden gezien het belang van de landsverdediging.

**140.** Een absoluut huwelijksverbod op grond van nationaliteit is ongetwijfeld

<sup>365</sup> Duidingsprogramma Ter zake, Canvas, 4 april 2000.

<sup>366</sup> R.D. KOLLEWIJN, "Bulletin de jurisprudence néerlandaise", *J.D.I.* 1959, 474 (onder Rb. Almelo 18 juni 1955. Het betreft in de termen van het Haagse Verdrag geen louter publiekrechtelijk verbod. Dit blijkt uit de reden waarom België en Frankrijk afstand hebben genomen van het verdrag. Hun bezwaren hadden net betrekking op beletselen van louter politieke of militaire inslag. Kolléwijn verwijst tevens naar de mislukte poging van Nederland om een uitzondering te maken op deze beletselen. Dit wijst uit dat de regel nog steeds geldt en toegepast moet worden. Zie evenwel in andere zin (impliciet): Rb. Almelo 18 juni 1955, *N.J.* 1955, nr. 774, m.b.t. de vereiste van een administratieve toelating om met een vreemdeling te huwen. Niettemin meent ook Kolléwijn dat de rechter het huwelijk *in casu* had moeten toestaan, zij het dan na opwerping van de exceptie van openbare orde.

<sup>367</sup> Zie L. PALSSON (1981), 344.

<sup>368</sup> A. DYER, *l.c.*, 99.

<sup>369</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 82 e.v.

<sup>370</sup> F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 148.

strijdig met het beginsel van de huwelijksvrijheid, al dan niet in samenhang met het discriminatieverbod in het E.V.R.M. en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie<sup>371</sup>, en met o.m. art. 5 (d) van het anti-discriminatieverdrag van 1966. Meerdere auteurs hebben zich reeds expliciet tegen discriminatoire huwelijksbeletselen uitgesproken<sup>372</sup>, terwijl ze m.b.t. andere beletselen overwegend het stilzwijgen bewaren<sup>373</sup>. Het discriminatieverbod blijkt vooralsnog een vertrouwde, minder vage notie te zijn dan het beginsel van de huwelijksvrijheid.

**\* Het beletsel om te huwen met een persoon van verschillende sociale rang**

**141.** Het huwelijksverbod wegens verschillende sociale rang is zo goed als uitgestorven. Alleen in Jammu en Kashmir geldt het kastehuwelijksverbod nog beperkt<sup>374</sup>.

**142.** In de zaak-Lovelace gaf het VN-Mensenrechtencomité impliciet<sup>375</sup> te kennen dat de Canadese Indian Act die een Indiaanse haar statuut doet verliezen indien ze een niet-Indiaan huwt, terwijl het huwelijk van een Indiaan met een niet-Indiaanse dat niet als gevolg heeft, meerdere bepalingen van het I.V.B.P.R. schendt. Het Comité besloot tot overtreding van o.m. het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw en het beginsel van gelijke behandeling ongeacht de status van de persoon, het recht om te huwen en het recht op minderhedenbescherming<sup>376</sup>.

We sluiten ons aan bij deze kwalificatie. Art. 12 j° 14 E.V.R.M. en art. 9 j° 21 Handvest Grondrechten E.U. (verbod van discriminatie op grond van sociale of etnische afkomst) zijn geschonden.

**\* Beide beletselen en het Belgische I.P.R.**

**143.** Bepaalde auteurs en rechters menen dat de exceptie van openbare orde niet tegen de genoemde beletselen moet worden opgeworpen. Het volstaat volgens hen om het beletsel te beschouwen als een bepaling van publiek recht die enkel in het land van uitvaardiging toegepast moet worden<sup>377</sup>. Deze aanpak

<sup>371</sup> Art. 14 j° 12 E.V.R.M.; art. 9 j° 21 of 23 Handvest Grondrechten E.U. (binnen de grenzen van zijn toepassingsgebied); A.J.H. WOLTJER, "Recht om te huwen beperkt?", *M.R.* 2002, 256-260, meent overigens dat ook uit het verbod van huwelijksdwang, door particulieren of door de overheid, van art. 23, derde lid I.V.B.P.R., een verbod volgt om religieuze of raciale beletselen in te stellen.

<sup>372</sup> Cf. *supra* randnr. 45 voor referenties.

<sup>373</sup> O.m. H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, L.G.D.J., 1983, 44-45; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989).

<sup>374</sup> BERGMANN en FERID, "Indien", *I.c.*, 24; D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 61.

<sup>375</sup> Een einduitspraak werd uitgesteld tot bijkomende informatie was verstrekt.

<sup>376</sup> VN-Mensenrechtencomité, arrest-Lovelace, comm. nr. 24/1977, 29 december 1977, *aangeh.* in COMITE DES DROITS DE L'HOMME, *Sélection de décisions prises en vertu du protocole facultatif (pacte international aux droits civils et politiques)*, New York, Nations Unies, 1988.

<sup>377</sup> F. SURVILLE, *Cours élémentaire de droit international privé*, Paris, Rousseau, 1890, nr. 291, p. 416, tekst en noot 1; L. PALSSON (1981), 165, 264-278 en 346; meerderheid Franse,

zou het risico op een hinkend huwelijk verminderen.

Vooreerst geloven we niet dat het zopas genoemde voordeel zich werkelijk realiseert. De Staat van herkomst zal o.i. niet gemakkelijker een overtreding van de vereiste aannemen als zonder meer wordt gesteld dat in het buitenland geen werking wordt verleend aan het verbod. Dergelijke negatie van de grensoverschrijdende autoriteit van het buitenlandse familierecht t.a.v. eigen onderdanen stuit o.i. evenzeer op het eergevoel van de buitenlandse rechter en administratieve instanties als een expliciete inroeping van de exceptie van openbare orde.

Bovendien gaat de genoemde redenering niet op<sup>378</sup>. Door het beletsel op te nemen in een privaatrechtelijke regeling, geeft de instellende overheid immers aan dat ze er een ruimere dan louter publiekrechtelijke werking aan verleent. Duitse en Belgische rechtsleer heeft steeds overwegend in deze zin geoordeeld<sup>379</sup>. Binnen de Franse en Nederlandse rechtsleer en rechtspraak heerst daarover tot op vandaag discussie<sup>380</sup>.

**144.** We gaven reeds aan dat het onaanvaardbaar is dat bepaalde Staten voorwaarden bepalen voor het huwelijk met een vreemdeling, terwijl een huwelijk tussen onderdanen daar niet aan onderworpen is<sup>381</sup>. *A fortiori* kan een huwelijksverbod op discriminatoire gronden niet stroken met art. 12 j° 14 E.V.R.M. en met art. 9 j° 21 Handvest Grondrechten E.U. (binnen de grenzen van zijn toepassingsgebied), tenzij voor de ongelijke behandeling een objectieve en redelijke rechtvaardiging zou bestaan. Dergelijke rechtvaardiging kan, gezien de fundamentele aard van het recht om te huwen, slechts gelegen zijn in de controle van de huwelijksvereisten zelf<sup>382</sup>. In dat opzicht is de vereiste van een

---

Nederlandse, Italiaanse en Zwitserse rechtspraak en rechtsleer: J.-M. BISCHOFF, "Mariage", *Rép. Dalloz Dr. int.*, nr. 41-43 en 61; J. NIBOYET, o.c., III, 376, V, 338-339 en nr. 1491; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (2001), 368; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napels, 1971, 102-103; VAN SASSE VAN YSSELT, "Die wesentliche Merkmale des niederländischen Personenstands-, Ehe- und Kindschaftsrechts und dessen berührungspunkte zum Deutschen Recht", *StAZ* 1966, 193; F. VISCHER, *Internationales privatrecht*, Basel/Stuttgart, 1969, 588. *Contra*: meerderheid binnen de Duitse en Belgische rechtsleer: zie o.m. GAMILLSCHEG, "Artikel 13 E.G.B.G.B.", *Staudingerkommentar*, l.c., nr. 457, 461-462; P. GRAULICH, o.c., 156. Ook bepaalde Franse, Italiaanse en Zwitserse auteurs (B. AUDIT (2000), 545; A. MIELE, *Il matrimonio dello straniero in Italia*, Padua, 1972, 161-165, aangeh. in L. PALSSON (1981) en GOTZ, *Kommentar zum Schweizerischen privatrecht*, "Die Eheschliessung", art. 105, nr. 29) en Nederlandse rechters: Rb. 's Hertogenbosch 4 januari 1917, *Kosters en Bellemans* 1917, 141; Rb. Dordrecht 4 oktober 1917, *Kosters en Bellemans* 1917, 145; Rb. Haarlem 1 september 1918, *Kosters en Bellemans* 1918, 151, aangeh. in L. PALSSON (1981); Rb. 's Gravenhage 4 april 1930, *N.J.* 1930, 1138; Rb. Arnhem 26 januari 1970, *N.J.* 1970, nr. 423.

<sup>378</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 91 e.v.

<sup>379</sup> *Ibid.*

<sup>380</sup> *Ibid.*

<sup>381</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), o.m. randnrs 53 en 86-90.

<sup>382</sup> K. WAHLER, "Westdeutsche Rechtsprechung über internationales Privatrecht 1956-1962", *J.D.I.* 1963, 1110; Rb. Almelo 18 juni 1955, *N.J.* 1955, nr. 774; *J.D.I.* 1959, 474, noot R.D. KOLLEWIJN; L. PALSSON (1981), 343 en 352, met verwijzingen naar vonnissen en arresten uit



certificaat van huwbaarheid o.i. toelaatbaar<sup>383</sup>, voor zover haalbaar. De haalbaarheid van dergelijke vereiste staat in omgekeerd evenredige verhouding tot de mate waarin de huwelijksbeletselen waaraan de vreemdeling ingevolge zijn personeel statuut is onderworpen, stuiten op de exceptie van openbare orde. Rijst een bepaald huwelijksbeletsel t.a.v. de vreemdeling, dan zal hij van zijn autoriteiten geen certificaat bekomen. Schuift onze I.P.R.-rechter het betreffende beletsel evenwel aan de kant, dan verwachten we dat hij eveneens zal oordelen dat het ontbreken van het certificaat om de genoemde reden de huwelijksvoltrekking niet kan beletten. Mits op andere wijze voldoende kan worden besloten dat wél is voldaan aan de andere huwelijksvereisten, dan kan het huwelijk o.i. voltrokken worden<sup>384</sup>. Een voorbehoud kan worden gemaakt voor situaties waarin kennelijk sprake is van *fraude à la loi*. We wezen er evenwel reeds op dat over het algemeen soepel wordt omgegaan met vaststellingen van fraude.

### C.2.F. HET VERBOD VOOR EEN GEDETINEERDE OM TE HUWEN

**145.** Tot 1854 vormde in o.m. Frankrijk de veroordeling tot een ontorende straf of tot de burgerlijke dood een expliciet huwelijksbeletsel<sup>385</sup>. Na verloop van tijd werd het verbod uit de wet geschrapt, maar bleek het in de praktijk nog vaak te worden toegepast uit praktische overwegingen. Het werd meermaals te gewaagd bevonden om transport van een gevangene buiten de gevangenis te laten plaatsvinden op een datum en naar een lokatie die de betrokkene bekend zouden zijn. Het gevaar op een ontsnappingspoging zou te groot zijn. Een huwelijksluiting in de gevangenis werd niet mogelijk bevonden omdat de strenge wettelijke vormvereisten daar geen ruimte voor lieten of omwille van de omslachtigheid ervan en opnieuw de risico's die daar mogelijk mee gepaard gingen. De zaak-Draper, die we hieronder aanhalen, illustreert de vroegere weigeringsgronden uitvoerig.

**146.** Ook in dit verband heerst tot op vandaag discussie over de territoriale werkingssfeer van het beletsel. Dezelfde auteurs die het verbod of de vereiste van een administratieve toestemming om met een vreemdeling te huwen als een regel van publiek recht beschouwen, kwalificeren het verbod voor een gedetineerde om te huwen als een strafrechtelijk geïnspireerd beletsel dat in zijn werking eveneens wordt beperkt tot de landsgrenzen. Hetzelfde zou kunnen worden gesteld m.b.t. wachttermijnen met een louter punitief karakter<sup>386</sup>.

---

de negentiende eeuw; F. RIGAUX (1977), I, 359.

<sup>383</sup> Zie o.m. de Noorse familiewet. Een uitzondering van dat laatste kan evenwel toegestaan worden als de vreemdeling gewoonlijk in Noorwegen verblijft. Elk van de huwelijkskandidaten moet in dat geval een getuige aanvoeren die naar eer en geweten verklaart dat hij de kandidaat kent en dat die nog niet gehuwd is noch gebonden door een geregistreerd partnerschap, en dat er evenmin sprake is van een verwantschapsbeletsel. Blijkt het moeilijk te zijn om een getuige te vinden, dan kan de minister ook op deze voorwaarde een uitzondering toestaan.

<sup>384</sup> In dezelfde zin: F. GAMILLSCHEG, in J. STAUDINGER, *Internationales Privatrecht. Internationales Eherecht*, Berlin, Schweitzer, 1973, nr. 395.

<sup>385</sup> Oud art. 25, zevende lid C.C.

<sup>386</sup> Of, bij verruiming m.b.t. het verbod voor overspeligen om te huwen zolang de bedrogen

We gaven evenwel reeds aan dat de inpassing van een publiekrechtelijk geïnspireerde regel in het familierecht er een privaatrechtelijke connotatie aan verleent. Slechts een opwerping van de exceptie van openbare orde kan een afwijking van het verbod rechtvaardigen.

147. Vandaag wordt erkend dat het recht voor gedetineerden om te huwen wordt gewaarborgd door o.m. art. 12 E.V.R.M.<sup>387</sup> “L'essence du droit de se marier consiste (...) à former une association juridiquement solidaire entre un homme et une femme”<sup>388</sup>. De mogelijkheid om zich voort te planten, vormt geen noodzaak<sup>389</sup>. Art. 12 beschermt m.n. een recht dat losstaat van art. 8 E.V.R.M.<sup>390</sup> Wél heeft het Hof voor de Mensenrechten meermaals het belang van samenwoning beklemtoond<sup>391</sup>. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat art. 12 E.V.R.M. gedetineerden niet beschermt tegen een huwelijksverbod.

We sluiten ons evenwel aan bij de stelling van de voormalige E.C.R.M. in de zaken-Hamer en -Draper t. V.K. in resp. 1979 en 1981<sup>392</sup> dat een verbod<sup>393</sup> voor gedetineerden om te huwen op substantiële wijze inbreuk pleegt op het recht om te huwen, ook al kan het belangrijkste huwelijksgevolg, de samenlevingsplicht, nog niet gerealiseerd worden.

Het argument dat samenleving vooralsnog onmogelijk is of dat de gevangene de ceremonie zou kunnen misbruiken om te ontsnappen, volstaat niet om een huwelijksluiting te weigeren<sup>394</sup>.

---

echtgenoot nog leeft: wordt het huwelijk aangegaan en beleefd in het buitenland, dan zal zijn traumatiserende confrontatie ermee normaal gezien beperkt blijven.

<sup>387</sup> F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1999, 109 en 278: zie tevens verwijzing naar meerdere Afrikaanse en Arabische charters, waaronder Afrikaans Handvest van de Mensenrechten 27 juni 1981; Arabisch Handvest van de Mensenrechten van 15 september 1994, bepaalt overigens dat de individuele rechten hun grondslag vinden in de Koran en Sunna.

<sup>388</sup> E.C.R.M., zaak-Hamer t. V.K., 13 december 1979, *D&R* 24, 5.

<sup>389</sup> E.C.R.M., zaak-Van Oosterwijck, 1 maart 1979, § 59.

<sup>390</sup> E.C.R.M., zaak-Cossey, § 43.

<sup>391</sup> Hof Mensenrechten, arresten-Abdulaziz, § 62, -Rees § 49 en -Cossey § 46.

<sup>392</sup> E.C.R.M. nr. 7114/75, zaak-Hamer t. VK, 13 december 1979, *D&R* 24, 5; E.C.R.M. nr. 8186/78, zaak-Draper t. V.K., 10 juli 1981, *D&R* 1981, afl. 24, 72. Hierover: V. COUSSIRAT-COUSTERES, “Famille et Convention européenne des droits de l'homme”, in ROLV RYSSDAL, P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD en L. WILDHABER (eds), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 301. Algemeen over het beletsel ook: F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 122-125; E. SCHELB, “Marriage and human rights”, *A.J.C.L.* 1963, 352-354.

<sup>393</sup> *In casu* was het verbod niet wettelijk bepaald, maar uitgesproken n.a.v. een verzoek van de tot levenslang veroordeelde om de gevangenis tijdelijk te mogen verlaten om te huwen. De Engelse huwelijkswet vereist dat de huwelijksluiting plaats vindt op één van de erin opgesomde lokaties. Een afwijking wordt slechts uitzonderlijk door bepaalde instanties verleend. De gevangenis kwam m.a.w. niet in aanmerking als plaats van huwelijksvoltrekking. Het ministerie van Binnenlandse Zaken weigerde de gevangene tijdelijk verlof te geven. Het oordeelde dat dat slechts mogelijk was voor gevangenen met huwelijksplannen ten behoeve van wie reeds een datum van vrijlating was bepaald of voor gevangenen die er een kind mee wilden wettigen.

<sup>394</sup> E.C.R.M. 13 december 1979, zaak-Hamer, *D&R* 24, 1981, 16; E.C.R.M., zaak-Draper, 10 juli

**148.** Er rust overigens op de Staten een positieve verplichting om het huwelijk van gedetineerden mogelijk te maken<sup>395</sup>. Een verplicht uitstel voor lange duur vormt een ongeoorloofde inbreuk, ongeacht welke de reden is voor dat uitstel. Ook het opleggen van bijkomende administratieve formaliteiten is slechts aanvaardbaar voor zover die niet in wanverhouding staan tot de vereisten t.a.v. andere onderdanen<sup>396</sup>.

De praktijk van sommige Staten, zo oordeelde de E.C.R.M., om het huwelijk in de gevangenis te laten voltrekken of om een tijdelijke vrijlating en de begeleiding te regelen, geeft aan dat geen zware of moeilijke maatregelen getroffen moeten worden om het recht te laten uitoefenen. "La commission ne dispose d'aucun élément de preuve lui donnant à penser que, d'une manière générale, l'autorisation du mariage des détenus comporte de quelque manière préjudice à l'intérêt public. Le mariage peut au contraire avoir un effet de stabilisation et de réinsertion. Ces considérations valent pour les détenus à vie comme pour les autres"<sup>397</sup>.

**149.** N.a.v. het eerste congres van de V.N. voor de voorkoming van criminaliteit en betreffende de behandeling van delinquenten<sup>398</sup> heeft het Sociaal-economisch comité op 31 juli 1957 reeds twintig jaar vóór de zaak-Draper enkele minimumregels voor de behandeling van gedetineerden goedgekeurd. Art. 60 daarvan bepaalt: "le régime de l'établissement doit chercher à réduire les différences qui peuvent exister entre la vie en prison et la vie libre dans la mesure où ces différences tendent à établir le sens de la responsabilité du détenu ou le respect de la dignité de la personne".

Met de zaak-Draper zijn deze minimumregels nieuw leven ingeblazen.

**150.** Het Antwerpse Hof en de voorzitter van de Bergense rechtbank kwamen in 1993 evenwel tot een verschillende uitspraak. Terwijl de Bergense voorzitter een tijdelijke vrijlating gelastte om de betrokkene toe te laten te verschijnen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand<sup>399</sup>, oordeelde het Antwerpse Hof dat de

---

1980, *D&R* 24, 1981, 81; E.C.R.M., nr. 892/60, 13 april 1961, zaak-X t./ BRD, *Yearbook* IV, 1961, 256; P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF (1998), 615.

<sup>395</sup> E.C.R.M., zaak-Draper t. V.K., 10 juli 1980, *D&R* 1981, 78; Hof Mensenrechten 13 december 1979, arrest-Hamer, *D&R* 1981, 14.

<sup>396</sup> Hof Mensenrechten arrest-Hamer, *I.c.*, 15-16.

<sup>397</sup> E.C.R.M. nr. 8186/78, zaak-Draper t. V.K., 10 juli 1981, *D&R* 1981, afl. 24, 72.

<sup>398</sup> Genève, 30 augustus 1955.

<sup>399</sup> Kort Ged. Rb. Bergen 1 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1994, 104; *Rev. dr. étr.* 1994, 157: "wanneer een buitenlandse onderdaan aan wie het statuut van politiek vluchteling werd geweigerd, in de gevangenis van Bergen ter beschikking van de Regering wordt gehouden, terwijl zijn huwelijk met een Belgische onderdaan, die tevens eiseres is, officieel werd afgekondigd, moet de Belgische Staat worden veroordeeld om het nodige te doen opdat de vreemdeling uit de gevangenis zou worden vrijgelaten en voor de ambtenaar van de burgerlijke stand geleid met het oog op de voltrekking van het huwelijk en moet het de Belgische Staat worden verboden om de vreemdeling van het Belgische grondgebied te verwijderen zolang het voorziene huwelijk niet is voltrokken". Samen met de veroordeling werd een dwangsom van 75.000 Bfr. opgelegd.

opsluiting tot gevolg had dat de voor de (toenmalige) afkondiging voorgeschreven formaliteiten niet vervuld konden worden<sup>400</sup>.

**151.** De positieve verplichting gaat evenwel niet zover dat een huwelijk moet worden aangemoedigd door gunstmaatregelen. Het VN-comité voor de mensenrechten heeft geoordeeld dat een wet die een verkrachter of meerderjarige die een minderjarig meisje zwanger heeft gemaakt strafvermindering biedt als hij met haar huwt, de huwelijksvrijheid van beiden schendt<sup>401</sup>.

**152.** De voormalige E.C.R.M. oordeelde dat expliciete beperkingen op de bescherming door art. 8 E.V.R.M. eveneens toegelaten zijn, zo bv. een beperking op de mogelijkheid om een huwelijksleven te leiden en kinderen te krijgen<sup>402</sup>. Ook van dergelijke beperking wordt evenwel steeds de geoorloofdheid nagegaan. Het feit dat de betrokkene nog een lange gevangenschap voor de boeg had, weerhield de voormalige E.C.R.M. er in bepaalde zaken niet van te oordelen dat hij alsnog moest worden toegelaten om met een huwelijk zijn familieleven alvast enigszins uit te bouwen.

### C.2.G. BEPERKINGEN OP DE HUWELIJKSVRIJHEID, GESTEUND OP DE AFSTAMMING

**153.** Naar Joods recht is het kind dat wordt geboren uit een huwelijk tussen bloedverwanten of uit overspel een 'bastaard'<sup>403</sup>, die slechts met een andere jood van dezelfde sociale klasse of met een prosekijt kan huwen<sup>404</sup>. Ook al stelt het Indische familierecht dergelijke beperking niet in, we gaven reeds aan dat kastegemengde huwelijken kunnen resulteren in een kasteverlaging. Het besef van dit risico leidt in de Indische samenleving tot een gelijkaardig resultaat als een huwelijksverbod.

**154.** Naast een schending van de huwelijksvrijheid, stelt dit beletsel een discriminatie in op grond afstamming, waarvan de strijdigheid met de B.I.P.O.O. sinds het arrest-Marckx onbetwist is. Ook art. 9 j° 21 Handvest Grondrechten E.U. (binnen de grenzen van hun toepassingsgebied) verbieden discriminatie op grond van geboorte.

<sup>400</sup> Antwerpen 2 februari 1993, *De Burg. St.* 1993, 539. *Contra*: Rb. Gent 17 februari 2003, *N.J.W.* 2003, 385.

<sup>401</sup> V.N.-Comité voor de Mensenrechten, *General comment* nr. 28, § 24.

<sup>402</sup> E.C.R.M., nr. 6564/74, zaak-T./ V.K., *D&R* 2, 1875, 106; E.C.R.M., zaak-Hamer, *I.c.*, 14; P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF (1998), 617.

<sup>403</sup> Nochtans wordt het afstammingsrechtelijk wel als een wettig kind beschouwd, ook bij verwekking in overspel: EH 4: 31 e.v.

<sup>404</sup> EH 4:1, 13, 22 en 24, *aangeh.* in Z.W. FALK, *I.c.*, nr. 99. We vonden evenwel in de Israëliëse familiewet niet onmiddellijk een verwijzing naar dit beletsel. De wet is moeilijk toegankelijk, gezien zijn aparte regels voor christenen, joden en moslims: zie BERGMANN en FERID, "Israel", *I.c.*

## C.2.H. HET RELIGIEUZE HUWELIJKSBELETSEL

*\* Het beletsel naar buitenlands recht*

155. Meerdere rechtsordes, waaronder de islamitische rechtsstelsels<sup>405</sup>, verbieden een religiegemengd huwelijk<sup>406</sup>. Het verbod heeft in de islamitische rechtsstelsels steeds slechts betrekking op de islamitische vrouw. Zij kan slechts huwen met een man die zich, desnoods met het oog op het huwelijk, heeft bekeerd tot de islam. Huwt een moslim met een vrouw die een ander bijbels geloof heeft (m.a.w. christelijk of joods) en voorheen geen moslimse was<sup>407</sup>, dan wordt zijn huwelijk in de meeste rechtsstelsels<sup>408</sup> rechtsgeldig bevonden<sup>409</sup>. Het verschil in behandeling tussen man en vrouw zou zijn gestoeld op patriarchale vooronderstellingen: de man domineert zijn gezin en het geloof ervan<sup>410</sup>. Bij een huwelijk met een niet-moslim zouden de kinderen verloren zijn voor de islam. Anderen stellen dat het beletsel stamt uit de tijd dat slechts de islamitische rechtsordes een islamitische vrouw beschermden en haar geloof eerbiedigden. Nu dat niet langer zo is, t.g.v. de scheiding van kerk en Staat, stellen meerdere auteurs zich de vraag of de vereiste in de betrokken islamitische rechtsstelsels

<sup>405</sup> J.J. NASIR (1990), 22 en 41, verwijst naar Syrië, Jordanië (art. 33 familiewet), Irak (art. 17-18 familiewet), Marokko (art. 29 Mud.), Koeweit (art. 18 en 143-145 familiewet). Zie ook o.m. art. 31 Algerijnse familiewet. Naar Tunesisch recht wordt geen expliciete melding gemaakt van een religieus huwelijksbeletsel. Art. 5 van het familiewetboek verwijst in zijn Arabische versie evenwel naar "empêchements charaïques", wat alsnog op genoemd beletsel kan wijzen (K. MEZIOU, "Pérennité de l'islam dans le droit tunisien de la famille", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 256; K. MEZIOU, "Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel", in o.c., 292; BOULANGER (1992), I, 187 (ook m.b.t. Egypte en Israël). *Contra*: J.J. NASIR (1990), 41, stelt dat het beletsel niet geldt naar Tunesisch recht. Het Tunesische hof van Cassatie, evenals een ministeriële omzendbrief hebben deze stelling bevestigd (Cass. tun. 31 januari 1966, *Rev. tunis. dr.* 1968, 114, noot E. DE LAGRANDE)). S.A.A. ABU-SAHLIEH, "Le droit de famille dans le monde arabe. Constantes et défis", in M.-Cl. FOLETS (1996), 180, ziet eenzelfde impliciet verbod in het Egyptische recht. Zie ook art. 30 voorstel Arabische Liga. Voor een dissidente opvatting: A. HALAF-ALLAH, aangeh. in S.A.A. ABU-SAHLIEH, "Introduction à la lecture juridique du Coran", *R.D.I.D.C.* 1988, 96-100: bij stilzwijgen van de Koran is alles mogelijk.

<sup>406</sup> O.m. art. 29 lid 5 Mud.; art. 31 Algerijnse familiewet; H. SADEK en H. EL HADDAD, "Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 49.

<sup>407</sup> Heeft de vrouw apostasie gepleegd, *i.e.* de islam verraden, dan geldt wel een religieus beletsel, ook al is ze christen of jood. Een persoon die apostasie pleegt, mag niet deelnemen aan het burgerlijk leven, en dus ook niet huwen: Y. LINANT DE BELLEFONDS (1965), 125-126.

<sup>408</sup> De Iraanse wet vereist evenwel dat ook de vrouw zich tot de islam bekeert: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 60.

<sup>409</sup> Een huwelijk met een vrouw die een boekreligie belijdt, *i.e.* één van de religieën die door de Koran wordt erkend, is geldig. De betrokken vrouw wordt ook wel 'scripturair' ('les gens du livre', in de termen van M'SALHA (1998), 106) genoemd. Zie o.m. art. 29, lid 5 Mud.; art. 48, lid 2 Syrische familiewet; art. 33 Jordaanse wet nr. 61/1976; art. 17 Iraakse wet nr. 188/1959; art. 18 Koeweitse familiewet; art. 31 Algerijnse C.C.; Art. 46 Mauretaanse familiewet. De laatste wet vermeldt enkel het verbod voor een islamvrouw om met een niet-moslim te huwen. Hierover M. M'SALHA (1999), 44, 55 en 56. O.m. J. NASIR (1990), 41.

<sup>410</sup> L. BUSKENS (2000), 105.

nog kan worden gerechtvaardigd<sup>411</sup>. Bepaalde auteurs wijzen er overigens op dat het verbod soms de grondwettelijke bepalingen van de betrokken rechtsorde zelf schendt<sup>412</sup> of dat het inmiddels in de praktijk achterhaald is<sup>413</sup>.

**156.** Het huwelijksverbod geniet vandaag ook op beleidsniveau niet langer unaniem steun<sup>414</sup>. Zowel het Marokkaanse Actieplan als het voorstel voor een Europese code voor moslims beogen het religieuze huwelijksbeletsel niet langer te handhaven<sup>415</sup>.

**157.** I.t.t. de regeling in de islamitische rechtsordes, ook deze van de Israëliische familiewet voor moslims<sup>416</sup>, kan naar joods-Israëliisch en o.m. joods-Marokkaans recht niet eenvoudig en flexibel door bekering worden voldaan aan de vereiste<sup>417</sup>. In de praktijk zouden de *rabbi*-rechtbanken evenwel niet langer

<sup>411</sup> I. FADLALLAH, "Lien conjugal et rencontre de civilisations", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 350; S.A. ABU-SAHLIEH, *Mariages mixtes entre Suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, Institut suisse de droit comparé, 1996, 7 en "Le droit de famille dans le monde arabe. Constantes et défis", in M.-Cl. FOGLETS (ed.), *Famille - Islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 178-183, i.h.b. 193 voor een kritische visie op de discriminatoire beletselen. A. BARBARA, "Les mariages mixtes avec les musulmans", in M.C. FOGLETS (1996), 227-268, heeft het dan weer over de sociale problemen die een gemengd huwelijk met zich meebrengt.

<sup>412</sup> M.b.t. het Algerijnse beletsel: A. MEBROUKINE, "Le droit international privé algérien de la famille", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 256; m.b.t. het joodse beletsel: M. CORINALDI, "Protecting minority cultures and religions in matters of personal status both within state boundaries and beyond state frontiers - the Israeli system", in N. LOWE en G. DOUGLAS (eds), *Families across frontiers*, Den Haag/Boston, Kluwer, 1996, 392, met verwijzing naar rechtspraak.

<sup>413</sup> I. FADLALLAH, "Lien conjugal et rencontre de civilisations", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 350, noemt het wenselijk om aan het verbod een meer geëvolueerde interpretatie te geven, op grond van de gewijzigde *ratio legis*. De oorspronkelijke doelstelling bestond er louter in dat het verbod voorheen de enige garantie was dat een vrouw haar religie zou kunnen blijven belijden. Dit is vandaag achterhaald. Fadlallah noemt een herziening des te meer wenselijk omdat de geseculariseerde rechtssystemen het beletsel als strijdig met de openbare orde beschouwen. M. CHARFI, "L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans", *Recueil des cours* 1987, III, 446 en 451, bepleit om minstens het huwelijk van een moslimvrouw met een katholiek of jood te erkennen, zoals reeds mogelijk is voor de moslimman.

<sup>414</sup> Het Marokkaanse actieplan beoogt het beletsel af te schaffen. M'SALHA (1999), 105, herinnert eraan dat het beletsel door de 'jurisconsultes musulmans' is ingesteld. De vrijheid van mening en de opvatting dat de vrouw niet het bezit is van de moslimgemeenschap haalt de bovenhand. Bepaalde auteurs menen dat verbod voor vrouwen slechts een huwelijk met een mannelijke niet-scripturaire betreft. Nog anderen menen dat het verbod slechts Arabische idolâtres (niet-scripturairen) betreft. Ze zou m.a.w. wel onbepaald met vreemdelingen kunnen huwen. M'SALHA stemt niet in met die opvatting. Het verbod betreft minstens alle idolâtres. De ongelijke behandeling van man en vrouw zou ingevoerd zijn vanuit de vroegere patriarchale visie op het familierecht.

<sup>415</sup> Het voorstel van Code wil de weg openen voor een intergentioneel recht voor moslims in Europa om hun personeel statuut geregeld te zien naar een passend, aanvaardbaar eengemaakt islamitisch recht (A. RIAD, "Pour un code européen de droit musulman", in J.-Y. CARLIER e.a. (ed.), *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 379-382).

<sup>416</sup> Art. 58 Israëliische familiewet.

<sup>417</sup> Z.W. FALK, *I.c.*, nr. 91-95.

streng optreden tegen bekeringen *in extremis*<sup>418</sup>. Een religiegemengd huwelijk zou overigens worden toegestaan, mits de partner een monotheïstische religie belijdt en mits gewaarborgd is dat de kinderen Joods zullen worden opgevoed.

**158.** Naar Indisch recht geldt een religieus huwelijksverbod voor moslims. Hindoes kunnen vrij huwen. Ze lopen evenwel het risico naar een lagere kaste verwezen te worden<sup>419</sup>. Naar Pakistaans recht is een religiegemengd huwelijk van een moslim relatief nietig<sup>420</sup>. Christenen en hindoes kennen dergelijk verbod niet, maar zien het huwelijk mogelijk geweigerd door de priester, resp. hun kasterangorde mogelijk verlaagd<sup>421</sup>.

**159.** Het verbod bestond voorheen ook o.m. naar Grieks<sup>422</sup> en naar Russisch<sup>423</sup> recht. Ook vandaag nog kan een religiegemengd huwelijk in meerdere westerse landen aan de grondslag liggen van een nietigverklaring, m.n. als één van de partners aantoonde dat hij diepgelovig is en heeft gedwaald omtrent het (gebrekkige of afwijkende) geloof van zijn partner. De dwalingsgrond wordt o.m. in Frankrijk, Zwitserland en Spanje toegepast<sup>424</sup>.

#### \* *Omgang met het beletsel in het I.P.R.*

##### - Belgische rechtsleer en rechtspraak

**160.** Het religieus huwelijksbeletsel is, mede omwille van zijn ruime verspreidheid, één van de meest besproken huwelijksbeletsele. De meeste westerse auteurs zijn het erover eens dat het in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling ongeacht de godsdienst (art. 14 j° 12 E.V.R.M., vandaag ook art. 9 j° 21 of 23 Handvest Grondrechten E.U.)<sup>425</sup>. Daarnaast kan worden verwezen naar het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel dat bijzondere aandacht verleent aan de rechten en vrijheden van ideologische en filosofische minderheden<sup>426</sup> en naar de godsdienstvrijheid, neergeschreven in art. 19 G.W.<sup>427</sup>

<sup>418</sup> Impliciet af te leiden uit Hooggerechtshof Marokko 10 maart 1964, *Rev. maroc. dr.* 1964, 245, besproken in P. DECROUX, "Chronique de jurisprudence marocaine", *J.D.I.* 1966, 401.

<sup>419</sup> BERGMANN en FERID, "Indien", *I.c.*, 48.

<sup>420</sup> BERGMANN en FERID, "Pakistan", *I.c.*, 40.

<sup>421</sup> BERGMANN en FERID, "Pakistan", *I.c.*, 53 resp. 60; D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 61.

<sup>422</sup> Voormalig art. 1366 Griekse familiewet, afgeschaft bij decreet nr. 1250/1982, dat het burgerlijk huwelijk invoerde.

<sup>423</sup> Voormalig art. 85 Russische familiewet. Hierover o.m. Tb. Seine 15 juli 1920, *R.C.D.I.P.* 1922-1923, 778: nietigverklaring huwelijk katholieke en joodse Rus. Enige bekende uitspraak waarbij het beletsel werd toegepast in het kader van een vordering tot nietigverklaring: A. ELGEDDAWY, *o.c.*, 132, noot 39.

<sup>424</sup> J. MASSIP, *o.c.*, nr. 374; C. HEGNAUER en P. BREITSCHMID, *Grundriss des Eherechts*, Bern, Stämpfli Verlag, 1993; V. REINA en J. M. MARTINELL, *Curso de derecho matrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 1995, 326.

<sup>425</sup> F. RIGAUX (1989), I, nr. 515 en (1979), II, nr. 913; V. VAN DEN EECKHOUT (1999), 259; H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, Paris, L.G.D.J., 1983, 44-45.

<sup>426</sup> Een religieus beletsel wordt meestal ingesteld ten gunste van een welbepaalde godsdienst. Andersgelovigen kunnen daarom worden beschouwd als een ideologische minderheid en worden door het huwelijksbeletsel achtergesteld.

**161.** Bepaalde rechters hebben in hun uitspraak rekening gehouden met het beletsel, maar dan net vanuit een *favor matrimonii*, als dat de partijen ten voordele was. De Brusselse rechtbank heeft bv. geweigerd een Gambiaans-Belgisch huwelijk nietig te verklaren op grond van schijnhuwelijk, gevorderd door de vrouw, die de onoprechtheid van haar man wilde aantonen met o.m. een verwijzing naar de mogelijkheid in zijn hoofde om een polygaam huwelijk aan te gaan<sup>428</sup>. De rechtbank besloot dat het personeel statuut van de man een oprecht huwelijk niet in de weg stond en oordeelde dat de vrouw tevens op voorhand reeds dit element had ingeschat aangezien het koppel gezamenlijk een vrijstelling van het huwelijksverbod wegens verschillende religie had aangevraagd. Uit de stelling van de rechter dat de dispensatie “a dû être et a été obtenu” blijkt impliciet dat hij het religieus verbod toepasselijk achtte.

Zoals gezegd wordt het beletsel in bepaalde Staten buiten toepassing verklaard op grond van een kwalificatie als beletsel waarvan de territoriale werkingssfeer is beperkt tot die van de instellende rechtsorde<sup>429</sup>. Daarnaast stuit het beletsel sinds lange tijd – vermoedelijk systematisch – op de openbare-orde-exceptie in o.m. België, Frankrijk, Italië en Zwitserland<sup>430</sup>.

#### - Europese rechtspraak

**162.** Uit zijn rechtspraak blijkt dat het Hof voor de Mensenrechten niet graag standpunt inneemt m.b.t. de beoordeling van religieuze regels en de omgang ermee in het buitenland. De uitkomst van het arrest-Johnston<sup>431</sup> illustreert dat een inbreuk op art. 9 E.V.R.M. op grond van godsdienst algemeen niet gemakkelijk wordt aangenomen. COUSSIRAT-COUSTERES<sup>432</sup> besluit dat in dezelfde lijn een religieus huwelijksverbod niet snel zal worden aangenomen als ongerechtvaardigde inbreuk op art. 12 E.V.R.M. Wettelijke bepalingen met een sterk moreel of moraliserend gehalte ontsnappen vooralsnog gemakkelijk aan een beoordeling van het Hof. Dit blijkt tevens uit rechtspraak m.b.t. homoseksuelen.

**163.** De voormalige Europese Mensenrechtencommissie heeft in 1974

---

<sup>427</sup> A.J.H. WOLTJER, “Recht om te huwen beperkt?”, *M.R.* 2002, 256-260, meent overigens dat ook uit het verbod van huwelijksdwang, door particulieren of door de overheid, van art. 23, derde lid I.V.B.P.R., een verbod volgt om religieuze of raciale beletselen in te stellen.

<sup>428</sup> Cf. *infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 5, randnr. 6.

<sup>429</sup> Cf. *supra* voor de standpunten terzake.

<sup>430</sup> N.a.v. o.m. Rb. Luik 5 november 1958, *J.L.* 1958-59, 171; Paris 17 november 1922, *J.D.I.* 1923, 85 (*contra*: Tb. Seine 15 juli 1920, *R.C.D.I.P.* 1922-23, 778); Cass. It. 19 mei 1943, *Foro it.* 1943, I, 930; Regierungsrat Kanton Zurich 11 november 1943 en BG 26 mei 1950, *BGE* afl. 76, I, 172; bijkomende referenties: L. PALSSON (1981), 336.

<sup>431</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston, § 63.

<sup>432</sup> V. COUSSIRAT-COUSTERES, “Famille et Convention européenne des droits de l’homme”, in ROLV RYSSDAL, P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD en L. WILDHABER (eds), *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 299.



uitspraak gedaan in een zaak waarbij de B.R.D. had geweigerd om een religieus huwelijk te erkennen dat in Duitsland was aangegaan<sup>433</sup>. De Commissie zag in de weigering geen inbreuk op art. 9 E.V.R.M., wat het voorwerp van vordering was, aangezien de bepaling *in casu* moet worden samengelezen met art. 12 E.V.R.M. Deze bepaling laat de Staten toe om aan het huwelijk vormvoorwaarden te verbinden.

In een vroegere zaak had de Commissie reeds aangegeven dat “art. 9 § 1 ne désigne pas n’importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction”<sup>434</sup>. In de zaak-Janis Khan t. V.K.<sup>435</sup>, die de beoordeling van een kinderhuwelijk betrof<sup>436</sup>, herhaalde de Commissie: “certes la religion du requérant autorise le mariage des jeunes filles à l’âge de 12 ans, cependant le mariage ne saurait être considéré simplement comme une forme d’expression de la pensée, de la conscience ou de la religion: il est régi par les dispositions spécifiques de l’article 12”. Noch art. 9, noch art. 12 E.V.R.M. beschermen m.a.w. tegen religiegebonden beperkingen op het recht om te huwen.

**164.** Overigens is in het algemeen nog maar zelden een inbreuk op art. 12 E.V.R.M. vastgesteld. Vooralsnog gebeurde dat slechts in de zaken-Hamer<sup>437</sup> en Draper<sup>438</sup>. Beide zaken betroffen een huwelijksverbod t.a.v. een gedetineerde. COUSSIRAT-COUSTERES besluit dat voor de beoordeling van beperkingen op art. 12 E.V.R.M. kennelijk alle andere bepalingen van het E.V.R.M. buiten werking worden gesteld, zolang de kern van het recht om te huwen niet aangetast wordt<sup>439</sup>. Wij menen met o.m. VAN DIJK en VAN HOOFF dat minstens het discriminatieverbod en het verbod van een onmenselijke behandeling het Hof ook in dit verband zouden moeten leiden<sup>440</sup>.

### **- Internationaal verdragsrecht, buitenlandse rechtsleer en rechtspraak**

**165.** Ook internationaalrechtelijk wordt vooralsnog niet expliciet opgetreden tegen dit discriminatoire beletsel. Integendeel, ten tijde van de Haagse verdragssluiting in 1902 werd slechts bepaald dat de Staat van huwelijksvoltrekking *kan* (en m.a.w. niet moet) weigeren om religieuze beletselen uit het nationale recht van de huwelijkskandidaten toe te passen<sup>441</sup>. De Verdragsstaten behielden daarbij m.a.w. de vrijheid om het huwelijk, dat in “overtreding” van het religieuze verbod was gesloten, al dan niet te erkennen. Er werd overigens expliciet bevestigd dat een Verdragsstaat zijn eigen religieuze

<sup>433</sup> E.C.R.M., nr. 6167/73, zaak-X. t. BRD, 18 december 1974, *D&R* 1, 64.

<sup>434</sup> E.C.R.M., nr. 7050/75, zaak-Arrowsmith t. V.K., *D&R* 19, 5, § 71.

<sup>435</sup> E.C.R.M., nr. 11579/85, zaak-Janis Khan t. V.K., 7 juli 1986, *D&R* 48, 257.

<sup>436</sup> Cf. *supra*, bespreking in hoofdstuk 1 (de leeftijdsvereiste), randnr. 61.

<sup>437</sup> E.C.R.M., nr. 7114/75, zaak-Hamer t. VK, 13 december 1979, *D&R* 24, 5.

<sup>438</sup> E.C.R.M., nr. 8186/78, zaak-Draper t. V.K., 10 juli 1980, *D&R* 24, 72.

<sup>439</sup> V. COUSSIRAT-COUSTERES, *l.c.*, 301.

<sup>440</sup> G.J.H. VAN DIJK en P. VAN HOOFF (1998), 604. Een huwelijksverbod t.a.v. een gedetineerde werd evenwel niet als een schending van art. 3 E.V.R.M. beschouwd: E.C.R.M., nr. 6564/74, X. t. V.K., *D&R* 1975, 105.

<sup>441</sup> Art. 3 Haags Verdrag van 1902.

huwelijksverbod kan toepassen op een vreemdeling die er een huwelijk wil aangaan<sup>442</sup>. De vreemdeling kan hieraan slechts ontsnappen door consulaire huwen<sup>443</sup>. Het is evenwel aangewezen om deze bepalingen in hun historische context te plaatsen. Naar we vermoeden maken weinig Verdragsstaten vandaag nog toepassing van de twee laatstgenoemde opties om zelf de naleving van de vereiste af te dwingen.

**166.** Meerdere Nederlandse auteurs en rechters menen vandaag dat het beletsel de openbare orde schendt en niet moet worden toegepast bij huwelijksluiting in Nederland<sup>444</sup>. Bepaalde Nederlandse rechters geven er met het oog op internationale beslissingsharmonie<sup>445</sup> de voorkeur aan om de Nederlandse wet toe te passen op grond van *Inlandsbeziehung* als de situatie vreemdelingen betreft met gewoonlijk verblijf in Nederland. Zijn de huwelijkspartners in Nederland opgegroeid en hebben ze geen contact meer met de familie in Marokko, dan kan dat volgens hen volstaan om aan te sluiten bij de domiciliewet<sup>446</sup>.

**167.** Het Franse Hof van Cassatie sprak zich in 1964 reeds uit tegen een religieus beletsel, omwille van zijn discriminatoire aard<sup>447</sup>. Latere Franse rechtspraak en rechtsleer sloot zich hierbij aan<sup>448</sup>. Niettemin blijkt dat de Franse

<sup>442</sup> Art. 2, laatste lid Verdrag.

<sup>443</sup> Art. 6, eerste lid Verdrag.

<sup>444</sup> Pres. Rb. Amsterdam 2 juli 1984, *K.G.* 1984, 216, impliciet bevestigd door Hof Amsterdam 27 december 1984, *N.J.* 1985, 724; Ktr Leiden 4 maart 1982, *N.J.* 1983, 700; S. RUTTEN (1988), 169, over Pres. Rb. Amsterdam 2 juli 1984: het verbod schendt de vrijheid van godsdienst en het recht om te huwen.

<sup>445</sup> De harmonie kan niet volledig gewaarborgd worden, aangezien een huwelijksbeletsel naar national recht niet wordt toegepast. De bedoelde motivering om van de toepasselijke buitenlandse wet af te wijken, kan dankzij de grotere camouflering van onderliggende beweegredenen de buitenlandse instanties evenwel mogelijk gunstiger gezind maken.

<sup>446</sup> Kantonrechter Leiden 4 maart 1982, *N.J.* 1983, 700. Hierover o.m. L. JORDENS-COTRAN, "De islam in het Nederlandse rechtstelsel", in VERENIGING TOT BESTUDERING VAN HET RECHT VAN DE ISLAM EN HET MIDDEN OOSTEN (ed.), *Islam in West-Europa. De plaats van de Islam en het islamitische recht in de West-Europese rechtstelsels*, Reeks Recht van de Islam, nr. 10, Maastricht, RIMO, 1992, 29. Zie evenwel S. RUTTEN, *Muslims in de Nederlandse rechtspraak*, o.c., 32: "afwijking van voormeld I.P.R.-beginsel met een (gerechtvaardigd) beroep op strijd met de Nederlandse openbare orde is acceptabel. Afwijking door van andere aanknopingspunten uit te gaan gaat reiken naar willekeur".

<sup>447</sup> Cass. fr. 17 november 1964, *J.C.P.* 1965, II, 13978.

<sup>448</sup> Paris 9 juni 1995, *D.* 1996, Somm. 171, noot B. AUDIT; Paris 7 februari 1990, *JDI* 1990, 977, noot F. MONEGER; Paris 17 november 1922, *JDI* 1923, 85. In dezelfde zin: E. AUDINET, noot onder Paris 17 november 1922, *S.* 1924, II, 65; H. BATIFFOL, o.c., 462; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE en Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1962, 541; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (2001), 367: de openbare orde verzet zich tegen vrijheidsbeperkende beletselen; P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 44; J. DEPREZ, "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé", in M.C. FOLETS (1996), 66; J.-P. NIBOYET, *Cours de droit international privé français*, 1949, 497; E. RUDE-ANTOINE, *La formation du mariage des Maghrébins en France. Etude de sociologie juridique et de conflits de lois*, doct., Paris I, 1989; E. RUDE-ANTOINE, *Le mariage maghrébin en France*, Karthala, 1990. Contra: Tb. Seine 15 juli 1920, *RCDIP* 1922-1923, 778 (nietigverklaring huwelijk katholieke en joodse Russische onderdaan. Enige bekende uitspraak waarbij het buitenlandse verbod werd toegepast: A.

rechter niet elk op religie gesteund gebod aan de kant schuift. Zo werd de vereiste naar joods-Israëliisch recht dat een vrouw een *gueth* voorlegt, een verstotingsbrief, alvorens ze opnieuw kan huwen, reeds meermaals toegepast door de *Cour de Cassation*, in naam van het beginsel van de huwelijksvrijheid<sup>449</sup>. Door de overhandiging van deze brief te weigeren, kan de man zijn ex-vrouw in de onmogelijkheid stellen om opnieuw religieus te huwen<sup>450</sup>. Haar verstoting zal in dat geval immers slechts burgerrechtelijk erkend worden. Ze zal dan ook slechts burgerrechtelijk een nieuw huwelijk kunnen aangaan<sup>451</sup>. Het Franse Hof van Cassatie heeft tegenover deze voorwaarde evenwel een waarborg van controle op machtsmisbruik van de man ingesteld. Reeds meermaals is een joodse man omwille van zijn weigering om een *gueth* te overhandigen of omwille van een ongeoorloofde vraagprijs aansprakelijk gesteld in het licht van art. 1382 C.C. BOUCAUD merkt op dat deze rechtspraak ingaat tegen de verwachting dat de burgerlijke rechter zich niet inlaat met religie<sup>452</sup>.

We menen dat de burgerlijke rechter, met het oog op de vaststelling dat naar Israëliisch recht nog geen scheiding van kerk en Staat is ingesteld, desgevallend de vordering van een vrouw kan toewijzen om haar voormalige echtgenoot aan te sporen tot afgifte van een *gueth*. Dit is o.i. nog enigszins verantwoordbaar met het oog op de internationale beslissingsharmonie. De voorlegging van een *gueth* vergen in het kader van een huwelijksluiting in België, m.a.w. als huwelijksvereiste, begaat evenwel een ongerechtvaardigde inbreuk op het Belgische beginsel van scheiding van kerk en Staat.

**168.** Bovendien heeft de Franse wetgever ongewild zelf een impliciet religieus huwelijksverbod aanvaard tussen een Marokkaanse vrouw en een niet-islamitische Franse man. Art. 6, derde lid Frans-Marokkaans Verdrag<sup>453</sup> bepaalt m.n. dat een gemengd huwelijk in Frankrijk steeds moet worden geregistreerd op het Marokkaanse consulaat. Deze registratie gaat in de praktijk steeds gepaard met een religieuze viering<sup>454</sup>. De vereiste houdt m.a.w. een impliciete vereiste tot religieuze huwelijksluiting in<sup>455</sup>. Het consulaat zal weigeren het huwelijk met een niet-moslim te registreren, tenzij deze zich alsnog bekeert tot de islam.

---

ELGEDDAWY, o.c., 132, noot 39); P. DECROUX, "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative...", *J.D.I.* 1985, 90.

<sup>449</sup> Cass. fr. 12 december 1994, 22 november 1990, 15 juni 1988, 5 juni 1985 en 13 december 1972, *www.Jurifrance.com* (trefwoord "gueth"). Zie ook Alger 8 april 1908 en 25 juni 1925; Rabat 9 maart 1933, aangeh. door P. DECROUX, "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative...", *J.D.I.* 1985, 96, voetnoot 77.

<sup>450</sup> F. BOULANGER (1992), I, 190, verwijst naar de New Yorkse wet die expliciet aangeeft dat de Staat kan weigeren een echtscheiding te erkennen als de religieuze autoriteiten zich ertegen verzetten. Dit voorbeeld getuigt volgens BOULANGER van de moeilijkheid om volledig abstractie te maken van religieuze vereisten.

<sup>451</sup> P. BOUCAUD, "Le droit de se marier", *R.T.D.H.* 1992, 45.

<sup>452</sup> P. BOUCAUD, *l.c.*, 46. Zie ook P. DECROUX, "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative...", *J.D.I.* 1985, 90 en 95: de man kan niet tot afgifte van de *gueth* verplicht worden, ook niet door een Franse rechter, aangezien die zich niet met religieuze zaken mag inlaten.

<sup>453</sup> Verdrag van 10 augustus 1981, aangenomen bij Décret van 27 mei 1983.

<sup>454</sup> F. BOULANGER (1992), I, 235.

<sup>455</sup> P. DECROUX, *l.c.*, 68.

169. De Duitse rechter heeft het religieuze huwelijksverbod aanvankelijk toegepast<sup>456</sup>. Vandaag evenwel vormt het beginsel van de huwelijksvrijheid, neergelegd in art. 6, eerste lid G.G., er een veralgemeende grondwettelijke afwijzingsgrond voor<sup>457</sup>. De exceptie van openbare orde werd aanvankelijk nog maar met mondjesmaat opgeworpen. Een noodzakelijke voorwaarde daartoe was dat de situatie voldoende overtuigende aanknopingspunten had met Duitsland<sup>458</sup>. Aanvankelijk gebeurde een opwerping overwegend slechts indien een Duitser in de rechtsverhouding was betrokken<sup>459</sup>. Bepaalde Duitse auteurs menen tot op vandaag dat de exceptie van openbare orde slechts moet worden opgeworpen indien de situatie voldoende overtuigende aanknopingspunten heeft met de Duitse rechtsorde<sup>460</sup>. Andere beklemtonen dat de zwaarte van de inbreuk volstaat opdat de exceptie systematisch zou worden opgeworpen<sup>461</sup>. Bepaalde rechtspraak sloot zich reeds vroeg aan bij deze laatste, o.i. correcte, opvatting<sup>462</sup>.

<sup>456</sup> L. PALSSON (1981), 336. Vooral m.b.t. weigering om huwelijk te sluiten (*id est in casu* minstens als verbiedend beletsel): OLG Oldenburg 11 april 1967, *IPRSpr.* 1966-67, nr. 68; OLG Hamm 17 november 1970, *IPRSpr.* 1970, nr. 48. In die zin ook A. ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnels et laïques en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1971, 131.

<sup>457</sup> O. ELWAN, "L'Islam et les systèmes de conflits de lois", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (eds), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 327.

<sup>458</sup> O. ELWAN, *l.c.*, 327; W. SCHWIMANN, "Art. 13 EGBGB", in *Münchenerkommentar* 1990, nr. 62; F. GAMILLSCHEG, "Art. 13 EGBGB", in *Staudingerkomm.*, *l.c.*, nr. 442; OLG München 7 januari 1969, *StAZ* 1971, 84.

<sup>459</sup> BGH 12 mei 1971, *IPRSpr.* 1971, nr. 40; L. PALSSON (1981), 97 (noot 309) en 333.

<sup>460</sup> Een voldoende sterke band wordt bewezen a.h.v. de Duitse nationaliteit, langdurig verblijf of een culturele, sociale of professionele band: OLG Hamm 3 september 1976, *IPRSpr.* 1976, nr. 33; C. VON BAR, "Art. 13 E.G.B.G.B.", in *Staudingerkomm.*, *l.c.*, nr. 162. Bepaalde auteurs nemen genoegen met de eenvoudige intentie om in Duitsland te blijven: o.m. SCHWIMANN, "Art. 13 E.G.B.G.B.", in *Münchkomm.* 1990, nr. 62. Een bijkomend argument van bepaalde auteurs om de exceptie wél in te roepen bij nauwe binding is dat ook vele vreemde Staten het beginsel van het verzachte effect van de openbare orde toepassen. De internationale beslissingsharmonie komt m.a.w. niet steeds in het gedrang wanneer onze rechters de westerse opvattingen streng doortrekken (hierover o.m. L. PALSSON (1981), 338-339). We merken evenwel op dat het I.P.R. van de meeste islamstaten geen verzachtingen hanteert op het beginsel van de toepassing van de *lex patriae*.

<sup>461</sup> O.m. F. GAMILLSCHEG, "Art. 13 EGBGB", in *Staudingerkomm.*, nr. 442; B. VON HOFFMANN, *Internationales Privatrecht*, reeks Jus Schriftenreihe, München, C.H. Beck, 2000, 266; B.C.H. AUBIN, H. NEUMAYER en P. FRANCESCAKIS (ed.), *Internationales Familienrecht*, Tübingen, Eugen Göbel, 1955, 38-39: noch Duitsland, noch Frankrijk passen racistische beletselen toe.

<sup>462</sup> OLG München 7 januari 1969, *StAZ* 1971, 84, m.b.t. een huwelijksverbod tussen een jood en een niet-joodse.

**C.2.I. HET HUWELIJKSVERBOD VOOR PRIESTERS**

**170.** Naar Spaans en Grieks recht gold tot in de loop van jaren 1980<sup>463</sup> een bilateraal beletsel voor priesters om te huwen<sup>464</sup>.

**171.** Naar internationaal recht is hier niet specifiek bij stilgestaan.

**172.** De Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde verzet zich tegen dergelijk verbod, aangezien grondrechten onvervreemdbaar zijn. Men kan zich weliswaar voornemen om geen beroep te doen op het recht om te huwen, maar niemand kan worden verboden om later op dat voornemen terug te komen, ook al is het inmiddels in een belofte omgezet<sup>465</sup>.

Bepaalde auteurs menen niettemin dat het verbod dient te worden toegepast, vanuit de opvatting dat men niet kan verbieden dat in functie van een bepaalde taak een zeker engagement wordt gevraagd. Aangezien de betrokkene steeds aan het verbod kan ontsnappen door uit te treden, zou de huwelijksvrijheid noch definitief, noch onevenredig worden aangetast<sup>466</sup>. Wij stemmen hier niet mee in. Een huwelijksluiting kan op deze grond niet worden geweigerd, ook niet als de betrokkene nog niet is uitgetreden. De enige mogelijke onderlinge verhouding tussen het *contract* en de *contractsbelofte* is dat het *contract* bij verbreking van de belofte kan worden beëindigd. Daarbij is het nog de vraag of dergelijke *contractsbedingen* geoorloofd zijn. We gaan hier zo dadelijk op in<sup>467</sup>.

**173.** Mocht dergelijke afwijking van het beginsel van de huwelijksvrijheid op grond van een religieuze gelofte wél gerechtvaardigd worden bevonden, dan menen we overigens dat hetzelfde zou kunnen worden aangenomen van de (impliciete<sup>468</sup>) gelofte van een moslim om niet religiegemengd te huwen, in het besef dat het huwelijk met een niet- of andersgelovige tot ex-communicatie kan leiden. Wordt ruimte gelaten aan religieuze beperkingen, dan ontstaat m.a.w. bijkomend het probleem dat bepaalde religies die beperkingen beduidend strenger formuleren. Een loutere aanname van westers geïnspireerde verboden zou een nieuwe discriminatie in het leven roepen. Het beginsel van de scheiding van kerk en Staat wordt ook om die reden best strikt in acht genomen.

<sup>463</sup> Voormalig art. 1366 Griekse C.C., afgeschaft bij decreet nr. 1250/1982, dat het burgerlijk huwelijk invoerde. Art. 75 j° 42 Spaanse C.C. voor kerkelijk (katholiek huwelijk) en art. 83 nr. 4 voor het burgerlijk huwelijk (hierover A. ELGEDDAWY, o.c., 131, noot 39; L. PALSSON (1981), 340); voormalig § 63 Oostenrijks ABGB (hierover G. WALKER, *Internationales Privatrecht*, Wien, Verlag der Österreichische Staatsdruckerei, 1934, 607-608).

<sup>464</sup> L. PALSSON (1981), 340. Niet-erkenning in Spanje van een huwelijk dat in het buitenland was aangegaan door een Spaanse priester: D.G.R.N. 4 juni 1962, *Rev. esp. der. Int.* 17 (1964), 428, noot P. GARCIA, *aangeh.* door L. PALSSON (1981), 340.

<sup>465</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (*doct.*), 258. In gelijkaardige zin: L. PALSSON (1981), 340. Zie ook P. LEREBOURS-PIGEONNIERE en Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1962, 541.

<sup>466</sup> E. AUDINET, noot onder Paris 17 november 1922, S. 1924, II, 65.

<sup>467</sup> Cf. *infra*, randnrs 173 e.v., i.h.b. randnr. 179.

<sup>468</sup> M.n. van bij zijn geboorte en opname in de islam of van bij een latere bekering tot het geloof.

### C.2.J. HET ALGEMEEN HUWELIJKSVERBOD T.A.V. PERSONEN MET BEPAALDE FUNCTIES OF SOCIALE STATUS

**174.** Hierboven haalden we enkele wetgevingen aan die een ambtenaar of militair verbieden om te huwen met een vreemdeling<sup>469</sup>. Bij onze bespreking van de vereiste van een geldige huwelijkstoestemming<sup>470</sup> stonden we stil bij de vereiste van een administratieve toelating voor onderdanen van bepaalde Staten, n.a.v. hun professionele functie of hun status.

**175.** Daarnaast gold voorheen naar o.m. Belgisch recht een huwelijksverbod t.a.v. personen die hun dienstplicht (nog) niet hadden vervuld. O.m. Nederlandse rechtspraak heeft geweigerd dit verbod toe te passen, zich daarbij steunend op zijn beperkte territoriale werkingssfeer<sup>471</sup>. *In casu* was het laatstgenoemde motief ongetwijfeld correct: de voormalige Belgische regeling had geen privaatrechtelijke neerslag gekregen en figureerde slechts in de militiewet. Deze verbood de ambtenaar om een huwelijk in de genoemde omstandigheden te voltrekken. Het verbod gold m.a.w. niet als expliciet huwelijksbeletsel. Het betrof slechts een publiekrechtelijke bepaling. De betrokkene kon in het buitenland rechtsgeldig huwen.

**176.** Figureert de vereiste in een buitenlandse huwelijkswet, dan stuit ze o.i. de openbare orde. Hoogstens kan bij een overtreding van de militiewet een strafsanctie worden toegepast, mits daar wettelijk in voorzien is. Een effectief huwelijksverbod stelt evenwel een wachttermijn in. We gaven reeds aan dat een wachttermijn o.i. niet geoorloofd is<sup>472</sup>.

**177.** In de hypothese van een tewerkstellings<sup>473</sup>- of huurcontract met een

<sup>469</sup> Cf. *supra*, randnrs 133 e.v.

<sup>470</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 65 e.v.

<sup>471</sup> Deze houding werd ook aangenomen t.a.v. regelgeving van Verdragsstaten bij het Haagse Verdrag van 1902, dat nochtans impliciet aangaf dat het betreffende beletsel zonder meer moest worden toegepast (in die zin o.m. Rb. Almelo 18 juni 1955, *N.J.* 1955, nr. 774): m.b.t. een Belg die niet had voldaan aan de Belgische dienstplicht. Huwelijk toegestaan op grond van overweging dat de vereiste niet figureerde in het B.W., maar slechts in de Belgische militiewet: Rb. Dordrecht 4 oktober 1917, *N.J.* 1918, 10; Rb. Den Bosch 4 januari 1917, *N.J.* 1917, 130; Rb. Haarlem 1 september 1918, aangeh. in Rb. Almelo 18 juni 1955, *N.J.* 1955, nr. 774; Rb. Den Haag 4 april 1930, *N.J.* 1930, 1138.

<sup>472</sup> Cf. *supra*, randnr. 72.

<sup>473</sup> Een echte arbeidsovereenkomst is daarentegen onderworpen aan het verbod ter zake van art. 36 W.A.O.: "Nietig zijn de bedingen waarbij wordt bepaald dat het huwelijk, het moederschap of het bereiken van de wettelijke of conventionele pensioengerechtigde leeftijd een einde maken aan de overeenkomst"; Cass. 2 mei 1969, *Pas.* 1969, I, 781; P. SENAËVE (2000), nrs 1506-1507; F. RIGAUX, *La protection de la vie privée*, Brussel, Bruylant, 1990, 494, meent dat ook art. 12 E.V.R.M. tegen dergelijke clause kan worden tegengeworpen. Zie ook art. L. 122-35, L. 122-45 en L. 123-1 Franse arbeidswet: een mutatie of ontslag mag niet het gevolg zijn van een wijziging in de personele staat. Elk beding in die zin is van rechtswege nietig. Een huishoudelijk reglement kan dergelijke regel wel bevatten mits hij gerechtvaardigd is door de inhoud van de functie en in redelijke verhouding staat tot het nagestreefde doel (hierover: ook P. RAYNAUD en J.L. AUBERT (eds), "Mariage", *Rép. Dalloz de droit civil*, nr. 109). Het Franse Hof van Cassatie stelt zich evenwel soepel op, en aanvaardt dergelijke clause alnog als ook als de aard van de functie een opname van het verbod in het contract enigszins rechtvaardigt en de werknemer zijn

voorbehoudsclausule in geval van huwelijk, kan een huwelijkssluiting hoogstens een verbreking van het (arbeids-)contract of de ambtelijke functie tot gevolg hebben<sup>474</sup>. Ook dat gevolg is o.i. in beginsel strijdig met het principe van de huwelijksvrijheid en het verbod van discriminatie op grond van personele staat<sup>475</sup>, ongeacht of die discriminatie door een overheid of door private personen wordt ingesteld<sup>476</sup>. Slechts uitzonderlijk kan o.i. een ongelijke behandeling op grond van persoonlijke staat gerechtvaardigd worden. Een voorbeeld vormt de inperking in het socialezekerheidsrecht van het bedrag van een uitkering t.g.v. een huwelijk. Een inperking is gerechtvaardigd als ze steunt op het oogmerk om de uitkeringen af te stemmen op de behoefte<sup>477</sup>. Huwt een persoon, dan ontstaat t.a.v. zijn partner de plicht om bij te dragen in de lasten van het huwelijk. Er ontstaat familiale solidariteit. Bepaalde kosten worden gedeeld waardoor het leven goedkoper wordt. De uitkering kan hierdoor verminderd worden. Ook zal een huwelijk met een meer vermogende partner het gemiddelde vermogen omhoogtrekken. De gehuwde wordt m.a.w. minder behoeftig. De uitkering kan worden geminderd<sup>478</sup>.

Een gewijzigde familiale situatie kan bv. ook van invloed zijn op een *contract* inzake sociale huisvesting.

Ook een wijziging van de fiscale aanslagvoet werd vooralsnog gerechtvaardigd bevonden<sup>479</sup>.

**178.** De herroeping van een arbeidscontract of privaat huurcontract zal o.i. evenwel zelden op afdoende wijze kunnen worden gerechtvaardigd. Een ontoelaatbare voorwaarde, ongeoorloofd beding wordt in beginsel genegeerd. Het *contract* blijft na weglating van het nietig beding voortbestaan<sup>480</sup>.

**179.** Niettemin blijkt in de praktijk een belofte om niet te huwen, die is gegeven in volle vrijheid of met de expliciete aanvaarding dat een huwelijk aanleiding zou geven tot ontslag, toe te laten dat de betrokkene bij verbreking wordt ontslagen of het *contractuele* voordeel verliest<sup>481</sup>. Het lijkt erop dat aan bepaalde

---

engagement niet nakomt: Cass. fr. 20 november 1986, *J.C.P.* 1987, II; 20798, noot T. REVET.

<sup>474</sup> Zie ook D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 48.

<sup>475</sup> Zie o.m. Zie ook P. SENAËVE (2000), nrs 1506-1507; G.H. VAN DIJK en P. VAN HOOF (1998), 602. Zie ook volgende Duitse rechtpraak: BverwG 22 februari 1962, *BverwGE* 14, 25 (*in casu* m.b.t. een ambtenaar); BAG 10 mei 1957, *BAGE* 4, 276; BAG 4 maart 1980, *NJW* 1980, 2211 (referenties tevens te vinden bij H. DOLLE, o.c., 98).

<sup>476</sup> Art. 12 E.V.R.M. heeft m.n. zowel verticale als horizontale werking (*drittwirkung*).

<sup>477</sup> Een verlies van invaliditeitsuitkeringen wegens huwelijk is geen sanctie en is verenigbaar met art. 12 E.V.R.M.: E.C.R.M., nr. 10503/83, *Kleine Staarman t./ Nederland*, *D&R* 1985, 165.

<sup>478</sup> Het huwelijk met een behoeftige partner kan dan weer het bedrag van een uitkering verhogen.

<sup>479</sup> M.b.t. een zwaardere fiscale aanslag na huwelijk: E.C.R.M. nr. 11088/84, zaak-Hubeaux t. België, 9 mei 1988, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 11089/84, zaak-Lindsay t. V.K., 11 november 1986, *D&R* 49,181.

<sup>480</sup> P. RAYNAUD en J.L. AUBERT (eds), "Mariage", *Rép. Dalloz de droit civil*, nr. 109.

<sup>481</sup> Zie de situatie van gehuwde priesters of priesters die wensen te huwen. Zie ook de overtreding op andere wijze van de getrouwheidsgelofte (bv. door het aangaan van een homoseksuele relatie). Zie ook het beginsel van de voorwaardelijke schenkingen: J. GERLO,

*contractanten* ter zake een ruime appreciatiemarge wordt gelaten bij de beoordeling van afwijkingen van het recht om te huwen. Deze ruime marge is o.i. ingegeven door het feit dat de splitsing van kerk en Staat niet volledig is doorgevoerd en dat bepaalde historische interferenties tussen beide sinds de Franse revolutie in het voordeel van de kerk worden beslecht. Ten behoeve van *Tendenzbetriebe*n die aan hun personeel bijzondere vereisten zouden kunnen stellen vanuit een dwingend belang, zijn reeds meermaals bemoeienissen met de personele staat gerechtvaardigd<sup>482</sup>. Het Belgische Hof van Cassatie heeft zich evenwel steeds tegen het celibaatsbeding uitgesproken, dit weliswaar i.t.t. de Raad van State<sup>483</sup>.

We gaan niet nader in op deze vraag naar discriminatie binnen het *contractenrecht*. Het huwelijksrecht dient alvast de genoemde discriminaties te worden bespaard<sup>484</sup>. Art. 12 E.V.R.M. heeft tevens horizontale werking en kan bijgevolg evengoed individuen worden tegengeworpen. Niettemin zijn bepaalde auteurs voorzichtig en menen ze dat het Hof voor de Mensenrechten een *contractuele* inperking van het recht zou beschouwen als een loutere gebruikmaking van de *contractsvrijheid*. Komt men later op zijn engagement terug, dan moet men daar zelf maar de gevolgen van dragen<sup>485</sup>.

VASSEUR-LAMBRY werpt hier o.i. terecht tegen op dat het in economisch slechtere tijden niet vanzelfsprekend is dat een werknemer vrije inspraak heeft in

---

*Huwelijksvermogensrecht*, Brugge, Die Keure, 2001; F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 152 en verwijzingen aldaar naar rechtspraak: ook naar Frans recht worden vrijgevheden die afhankelijk zijn gesteld van celibaat, aanvaard.

<sup>482</sup> O.m. Cass. fr. 9 oktober 1959, *D.* 1960, 8; Cass. fr. 1 mei 1978, *D.* 1978, 541, noot P. ARDANT; Paris 4 juni 1987, *D.* 1987, 610, noot J. MOULY (het Parijse arrest had overigens betrekking op een verbod om een concubinaat aan te gaan). Er is ook Duitse rechtspraak in die zin. Zie evenwel *contra*: Cass. fr. 17 oktober 1975, *D.* 1976, 511, noot P. GUIHO: een nieuw huwelijk na echtscheiding vormt geen voldoende dwingende reden voor ontslag (voor meer rechtspraak in die zin: zie P. RAYNAUD en J.L. AUBERT (ed.), "Mariage", in *Rép. Dalloz de droit civil*, nr. 111); F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 151: daarbuiten stelt de ons bekende rechtspraak zich beduidend strenger op t.a.v. beperkende clausules in arbeidscontracten dan in vrijgevheden, wegens hun grotere repercussie op de leefsituatie van de betrokkene: Cass. 10 juni 1982, *JCP* 1984, II, 20230, noot S. HENNION-MOREAU (een bepaling uit een intern reglement dat een huwelijk met een collega verbiedt, wordt genegeerd); Chambéry 22 oktober 1970, *D.* 1971, 313, noot A. DEMICHEL; Toulouse 2 december 1971, *J.C.P.* 1972, II, 17.085 (niet-aanvaarding van een ontslag uit een religieus geïnspireerde instelling op grond van een nieuw burgerlijk huwelijk na echtscheiding). Zie ook rechtspraak aangeh. in F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 153; N. COIRET, "La liberté du mariage au risque des pressions matérielles", *RTDCiv.* 1985, 78.

<sup>483</sup> Cass. 8 december 1976, *Arr. Cass.* 1977, 399; Cass. 12 januari 1977, *R.W.* 1976-77, 1937, noot R. VERSTEGEN; Cass. 25 juni 1979, *R.W.* 1979-80, 183. *Contra*: R.v.St. 20 december 1985, *Pas.* 1989, IV, 41. *Contra* m.b.t. priesters: E.C.R.M., zaak-Hamer; M. ENRICH MASS, "Article 12", in L.E. PETTITI, E. DECAUX en P.H. IMBERT (eds), *La convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1999, 445; G. VAN DIJK en P. VAN HOOFF (1998), 602; D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 169.

<sup>484</sup> Zie ook o.m. F. RIGAUX, *La protection de la vie privée*, Brussel, Bruylant, 1990, 494; F. VASSEUR-LAMBRY (2000), die ook m.b.t. de *Tendenzbetriebe*n stelt niet in te zien welk imperieus belang een verbod om te huwen zou rechtvaardigen; G. VAN DIJK en P. VAN HOOFF (1998), 602.

<sup>485</sup> F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 158-160.



de *contractsvoorwaarden*<sup>486</sup>. Het beginsel dat de staat van de persoon onbeschikbaar is, kan overigens niet met de voeten worden getreden<sup>487</sup>.

## D. DE KWALIFICATIE VAN BUITENLANDSE GEWOONTERECHTELIJKE HUWELIJSBELETSELEN

**180.** Bepaalde rechters menen aan de toepassing van buitenlandse huwelijksbeletselen te kunnen ontsnappen door ze te kwalificeren als niet-bindende gewoonterechtelijke beletselen<sup>488</sup>. Zeker als de betrokkene er geen affiniteit (meer) mee lijkt te hebben, wordt het beletsel nogal eens aan de kant geschoven. Dit gebeurde o.m. in volgende Molukse zaak die in 1978 voor de Nederlandse Hoge Raad werd gebracht<sup>489</sup>. Twee Molukse jongeren wilden met elkaar huwen, maar de ouders van het meisje verzetten zich op grond van een *adat*rechtelijk<sup>490</sup> huwelijksbeletsel. De rechter heeft het beletsel niet aangenomen, omdat het meisje zich niet vrijwillig aan het *adat*recht wenste te onderwerpen en omdat haar in de andere hypothese meer beperkingen zouden worden opgelegd dan aan niet-Molukse trouwlustigen in Nederland. Hiermee besliste de rechter dat de individuele vrijheid moest primeren op gewoonterechtelijke ouderlijke dwang. We menen dat de rechter er *in casu* goed aan heeft gedaan om het beletsel buiten toepassing te verklaren. Dat had evenwel op meer overtuigende wijze kunnen gebeuren middels inroeping van de exceptie van openbare orde of van *Inlandsbeziehung*, i.p.v. door negatie van het buitenlandse huwelijksbeletsel op de genoemde gronden. Door zich te steunen op het gelijkheidsbeginsel maakte de rechter brandhout van het beginsel van aanknoping bij de *lex patriae*.

Het komt vermoedelijk wel vaker voor dat men zich niet wil onderwerpen aan een bepaalde rechtsregel. Het beginsel van de rechtskeuze wordt evenwel nog steeds niet veralgemeend toegepast. De wil van de partijen kan vooralsnog niet zonder meer doorwegen. Wordt aangenomen dat een bepaalde regel deel uitmaakt van een buitenlandse rechtsorde, dan verdient ze een gelijkwaardige I.P.R.-behandeling als andere rechtsregels. Een afwijking wordt bij voorkeur op dezelfde strikte wijze gerechtvaardigd.

Ook het 'exotische' karakter van een regel vormt m.a.w. geen voldoende

<sup>486</sup> Zie evenwel Cass. 20 november 1986, *J.C.P.* 1987, II; 20798, noot T. REVET: dergelijke clausule is aanvaardbaar als de aard van de functie een opname van het verbod in het *contract* enigszins rechtvaardigt en de werknemer zijn engagement niet nakomt. Hierover: P. RAYNAUD en J.L. AUBERT (eds), "Mariage", *Rép. Dalloz de droit civil*, nr. 109.

<sup>487</sup> O.m. in deze zin: Paris 30 april 1963, *D.* 1963, 428, noot A. ROUAST, *RTDCiv* 1963, 570, noot G. CORNU; P. RAYNAUD en J.L. AUBERT (ed.), "Mariage", in *Rép. Dalloz de droit civil*, nr. 109; F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 160.

<sup>488</sup> Hierover: A. PETERS, "Conflicterende rechtsnormen en het tolerantiebeginsel", in H. AUSEMS-HABES, *Recht en raciale verhoudingen: verslag van een op 21 januari 1983 gehouden congres*, Arnhem, Gouda Quint, 1983, 156.

<sup>489</sup> H.R. 8 juni 1978, *N.J.* 1980, 517.

<sup>490</sup> De *adat* is het gewoonterecht van een bepaalde groep, dat primeert op het algemeen toepasselijke recht: A. PETERS, *l.c.*, 158.

rechtvaardiging om zonder veel omhaal van zijn toepassing af te stappen. Een volwaardige rechtsregel verdient een volwaardige I.P.R.-behandeling.

## E. ONEIGENLIJKE BELETSELEN

### E.1. DE GRONDVOORWAARDE VAN DE BRUIDSPRIJS (*MAHR*)

#### E.1.a. De voorwaarde naar buitenlands recht

**181.** Meerdere Afrikaanse rechtsordes bepalen dat de bruid bij de huwelijkssluiting een bruidsprijs wordt beloofd, die minstens gedeeltelijk wordt uitbetaald bij de huwelijksvoltrekking<sup>491</sup>. Vergelijkbaar is de bepaling in bepaalde andere rechtsstelsels dat de bruid een bruidsschat meeneemt naar de familie van haar echtgenoot, als ze bij hen intrekt. In bepaalde Staten, waaronder Gabon<sup>492</sup> en Ivoorkust<sup>493</sup>, is het inmiddels verboden om aan de huwelijkssluiting een geldsom te verbinden. In een aantal Staten, waaronder Kameroen, Mali, Senegal en Ivoorkust, is aan de bepaling een facultatief karakter aan verleend<sup>494</sup>.

Gezien de uitsluitende confrontatie van onze rechtsorde met de bepaling dat een bruidsprijs *aan* de bruid moet worden verstrekt, gaan we slechts op deze rechtsfiguur in<sup>495</sup>. Onze conclusies zullen evenwel kunnen worden doorgetrokken naar de vereiste dat een bruidsschat *door* de vrouw wordt overhandigd aan haar echtgenoot<sup>496</sup>.

**182.** Alle Noordafrikaanse stelsels hanteren eenzelfde aanpak, die verschilt naargelang het huwelijk al dan niet reeds geslachtelijk is voltrokken<sup>497</sup>. Is dat nog niet het geval, dan kan de weigering van de echtgenoot om de bruidsprijs te bepalen of deels uit te betalen een nietigverklaring uitlokken. Aangezien het volledige bedrag van de bruidsprijs pas opeisbaar is na de geslachtelijke voltrekking van het huwelijk, beperkt de nietigheid zich tot de weigering van de

<sup>491</sup> O.m. art. 20 Marokkaanse Mud.

<sup>492</sup> Bij Wet nr. 20/63 van 31 mei 1963, *Jaarboek Mensenrechten* 1963, 140.

<sup>493</sup> Wet van 7 oktober 1964.

<sup>494</sup> O.m. Kameroense wetten van 7 juli 1966 en 11 juni 1968; art. 132 Senegalese familiewet.

<sup>495</sup> Ze beantwoordt nog steeds aan een realiteit: zie bv. C. KUYU MWISSA, "L'étranger face au droit français de la famille: l'exemple des Congolais d'Ile-de-France", *Revue de droit africain* 2001, 134: 100% van de ondervraagden zouden nog steeds een bruidsprijs opsturen naar de familie van de vrouw. Anderzijds stelt C. DIB-MAROUF, "Mariage, système dotal et litigiosité en Algérie, d'après la jurisprudence de la deuxième moitié du 20e siècle", in F. STRIJBOOSCH en M.C. FOLETS (eds), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, International Institute for the sociology of law, 1999, 277, dat de gift vaak niet wordt uitbetaald.

<sup>496</sup> In combinatie met de vaststelling dat in de betrokken Staten vaak louter aan de man een verstotingsmogelijkheid toekomt, blijkt vooral de bruidsschat het voorwerp (geweest) te zijn van misbruik. Meermaals werd een vrouw kort na het huwelijk, na overhandiging van de bruidsschat, reeds verstoten door haar man die louter op het financiële voordeel was belust.

<sup>497</sup> Volledigheidshalve geven we aan dat deze afbakening tussen nietigheidsgrond en huwelijksgevolg lange tijd een discussiepunt is geweest en mogelijk nog steeds is voor de verschillende scholen binnen de islam: Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Paris, Mouton & Co, 1965, 199-255.

man om alvast een deel te betalen. Is het huwelijk reeds geslachtelijk voltrokken, dan is de betaling, ook die van een eerste deel, niet langer een grondvoorwaarde, maar wel een recht dat uit het huwelijk voortvloeit<sup>498</sup>. De uitbetaling kan gerechtelijk worden opgelegd. Is geen bruidsprijs bepaald, dan doet de rechter dat, met als maatstaf de bruidsprijs die gebruikelijk wordt verstrekt aan een vrouw van dezelfde sociale klasse.

**183.** Ten laatste bij de verstoting of echtscheiding moet de bruidsprijs effectief zijn uitbetaald<sup>499</sup>. Wordt het huwelijk ontbonden alvorens het geslachtelijk is voltrokken, dan ontvangt de vrouw slechts de helft van de waarde<sup>500</sup>, tenzij de ontbinding het gevolg is van het overlijden van één van de partners<sup>501</sup>.

**184.** De onderscheiden regelingen vertonen nuanceverschillen wat betreft de mogelijkheid voor de man om te worden vrijgesteld van de bruidsprijs, mits het huwelijk bij de verstoting nog niet geslachtelijk is voltrokken. De Jordaanse wet stelt vrij wanneer de echtscheiding het gevolg is van het optierecht dat de man die is uitgehuwelijkt door een voogd kan uitoefenen op het ogenblik dat hij geslachtsrijp wordt of is genezen van 'insanity'. Ook indien de ontbinding uitgaat van de vrouw, hoeft hij de gift niet te betalen, ook al maakt de vrouw slechts gebruik van haar optierecht of steunt ze de echtscheiding op impotentie van de man<sup>502</sup>. De Marokkaanse wet sluit eveneens uit dat de gift wordt betaald als het huwelijk vóór de geslachtelijke voltrekking wordt ontbonden wegens impotentie of lichamelijk gebrek van één van de partners<sup>503</sup>. De Koeweitse huwelijkswet doet dat zodra de echtscheiding te wijten is aan een eigenschap of aan het gedrag van de vrouw.

Ook als het huwelijk nietig is en nog niet geslachtelijk voltrokken, zal de gift worden geweigerd en zal datgene wat de vrouw reeds ontving worden

<sup>498</sup> Hierover o.m. J.J. NASIR, *The status of women under islamic law and under modern islamic legislation*, London, Graham and Trotman, 1990, 44, m.b.t. het Koeweitse en Syrische huwelijksrecht. De niet-betaling is evenmin een grond tot echtscheiding. Zie ook: art. 21 Marokkaanse Mudawwanah; H. SADEK en H. EL HADDAD, "Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 52-53. Deze auteurs lijken zichzelf evenwel tegen te spreken, aangezien ze op p. 45 zonder nuances stellen dat een fictieve bruidsprijs of een gift waarvan de waarde het wettelijke minimum niet bereikt, aanleiding geeft tot een verplichte verstoting, ofwel door de rechter zelf uitgesproken, ofwel aan de echtgenoot opgelegd.

<sup>499</sup> L. ESPOSITO, *Women in muslim family law*, Syracuse, Syracuse University Press, 1982, 24, geeft aan dat deze regel oorspronkelijk mede was ingegeven door de bezorgdheid om de man ervan te weerhouden het huwelijk al te snel te ontbinden. Het feit dat hij bij echtscheiding het saldo zou moeten betalen, kon mogelijk een rem zetten op zijn beslissing.

<sup>500</sup> Art. 22 Marokkaanse dahir 57-343 van 22 november 1957 (Mudawwanah); L. ESPOSITO, *Women in muslim family law*, Syracuse, Syracuse University Press, 1982, 24; S. MERNISSI, ....

<sup>501</sup> Art. 22 Marokkaanse Mudawwanah; J.J. NASIR, o.c., 49; H. SADEK en H. EL HADDAD, "Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 53.

<sup>502</sup> J.J. NASIR, o.c., 52-55.

<sup>503</sup> Art. 22 Mudawwanah (hierna afgekort als Mud.).

teruggevorderd. Bepaalde auteurs en wetgevingen bepalen dat dat steeds het geval is<sup>504</sup>. Andere verwijzen slechts naar nietigheidsgronden die aan de vrouw te wijten zijn, bv. in het geval dat ze de islam de rug toekeert of weigert de man in zijn geloof te volgen, indien ze voorheen een kind van de man heeft gezoogd, indien ze voorheen een verhouding heeft gehad met zijn zoon of vader<sup>505</sup>.

**185.** Ook betwistingen over het bedrag van de gift worden niet in elk islamitisch rechtsstelsel op dezelfde manier opgelost. Naar o.m. Marokkaans en Algerijns familierecht wordt de vrouw op haar woord geloofd alvorens het huwelijk geslachtelijk is voltrokken, en de man nadien. Naar Egyptisch, Koeweits, Syrisch en Jordaans familierecht daarentegen wordt de man steeds op zijn woord genomen, bij gebrek aan bewijs<sup>506</sup>. Is het bedrag dat hij noemt niet redelijk, dan kent de rechter vaak het gewoonterechtelijke bedrag toe.

**186.** Bepaalde rechtsstelsels bepalen bij wet een minimum en/of maximum<sup>507</sup>. De andere hanteren gewoonterechtelijke normen.

### **E.1.b. De voorwaarde en het I.P.R.**

#### **\* kwalificatie van de vereiste naar buitenlands recht**

**187.** De geldigheid van een huwelijk wordt evenwel niet in alle islamitische rechtsordes bepaald door de vervulling van de plicht in hoofde van de echtgenoot om een bruidsprijs te bepalen en uit te keren<sup>508</sup>. Terwijl in het westen volop gedebateerd wordt over de vraag of deze 'huwelijksvereiste' al dan niet verenigbaar is met de openbare orde, blijkt dat de bruidsprijs in vele rechtsordes helemaal niet de rol vervult van een grondvereiste voor het huwelijk. Het betreft er slechts een dwingend gevolg van het huwelijk<sup>509</sup>.

<sup>504</sup> Art. 22 Mud.

<sup>505</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, II, Paris, Mouton&Co, 1965, 215.

<sup>506</sup> Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 46; Rb. Brussel 20 februari 1985, *J.T.* 1985, 286. Een gelijkaardige regeling geldt naar Algerijns (art. 14 tot 17 personeel statuut) en Tunesisch (art. 12 en 13 personeel statuut) recht. Zie ook de annotatie in BERGMANN en FERID, *Internationales Ehes- und Kindschaftsrecht*, "Tunesien", p. 15, noot 19.; J.J. NASIR, o.c., 56; H. SADEK en H. EL HADDAD, "Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 53, verwijzen naar art. 19 wet nr. 25 van 1929.

<sup>507</sup> O.m. de Pakistaanse wet: maximumbedrag; art. 58 Togolese familiewet: maximumbedrag; Algerijnse familiewet: minimumbedrag. *Contra*: art. 17 Marokkaanse Mud. Zie evenwel L. BUSKENS, *doct.*, 101: uit een toelichting van de minister van Justitie bij art. 18 Mud. zou evenwel blijken dat buitensporige huwelijksbetalingen moeten worden vermeden. De gift moet louter een teken van genegenheid zijn.

<sup>508</sup> L. JORDENS-COTRAN, "De kwalificatie van de bruidsgave", *N.I.P.R.* (Ndl.) 2000, 391-392.

<sup>509</sup> R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Paris, L.G.D.J., 2002, 28, met verwijzing naar M.J. MOGHNIE, *Le fikh selon les cinq rites – jaafarite, hanafite, malékite, chaféite, hanbalite*, Beiroet, Dâr al Jawâd, 1984, 342. In die zin ook M. DEL PILAR DIAGO DIAGO, "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", *Ann. dr. louv.* 2001, 407-441, die evenwel een

**188.** Het verschil in aanpak binnen de islamstaten berust op de verscheidenheid aan islamitische scholen die de verschillende rechtsordes hebben geïnspireerd. De Malekitisch geïnspireerde rechtsstelsels<sup>510</sup> lijken de bruidsprijs als nietigheidsvoorwaarde te hanteren<sup>511</sup>. De Hanafitisch geïnspireerde rechtsstelsels<sup>512</sup> beschouwen het vermoedelijk alle slechts als een huwelijksgevolg<sup>513</sup>. In deze laatstgenoemde rechtsstelsels zouden de huwelijkskandidaten afstand kunnen doen van het gevolg<sup>514</sup>.

**189.** Een korte literatuurstudie wijst evenwel uit dat de bronnen elkaar tegenspreken. Terwijl NASIR meent dat de bruidsprijs slechts een huwelijksgevolg is in de Malekitische rechtsordes van Marokko en Tunesië<sup>515</sup>, beschouwen BELAMRI, BUSKENS, FOGLETS, FRANSSENS, JORDENS-COTRAN en MERNISSI de Marokkaanse vereiste o.i. terecht als nietigheidsvoorwaarde voor het huwelijk<sup>516</sup>. De wetgeving is ter zake evenwel vaak onduidelijk. Ook de Marokkaanse Mud. geeft slechts op indirecte wijze aan dat het huwelijk kan worden nietigverklaard op grond van perikelen rond de bruidsprijs. Slechts art. 37 Mud. geeft dit aan door te stellen dat "het huwelijk dat voor wat de bruidsprijs betreft vernietigbaar is, wordt ontbonden vóór de voltrekking, en dan is er geen recht op een bruidsprijs. Maar na de voltrekking wordt het huwelijk bevestigd door een passende bruidsprijs". Met deze bepaling

---

functionele benadering voorstelt in I.P.R.-context (*cf. infra*, randnr's 198 en 204).

<sup>510</sup> Vermoedelijk dezelfde als deze die oorspronkelijk officieel de malekitische leer belijdden: de rechtsordes van de meeste Staten in Noord-, West- en Centraal-Afrika: F. GORLE, G. BOURGEOIS e.a., *Rechtsvergelijking*, Gent, Story-Scientia, 1991, 433.

<sup>511</sup> Expliciet in die zin: D.S. EL ALAMI (1996), 19. *Cf. infra* voor auteurs die hetzelfde stellen m.b.t. bepaalde rechtsordes die zijn geïnspireerd door de malekitische leer.

<sup>512</sup> Vermoedelijk dezelfde als deze die oorspronkelijk officieel de hanafitische leer belijdden: de rechtsordes van Irak en het Midden-Oosten (Turkije, Syrië, Libanon, Jordanië, Afghanistan, Pakistan en Indië): F. GORLE, G. BOURGEOIS e.a., o.c., 433. Daarnaast ook o.m. het Egyptische recht (voormalig shafi'itisch): BERGMANN en FERID, "Ägypten", *I.c.*, 32. Art. 70-119 stelt de bruidsprijs in, maar art. 131-144 vermelden een overtreding van de vereiste niet bij de nietigheidsgronden. We leiden dan ook *a contrario* uit de bepalingen af dat het slechts een huwelijksgevolg betreft.

<sup>513</sup> Zie ook M. M'SALHA (1999), 43; L. JORDENS-COTRAN, *I.c.*, 392.

<sup>514</sup> L. JORDENS-COTRAN, *I.c.*, 393.

<sup>515</sup> J.J. NASIR (1990), 6 en 43. Zie ook in het algemeen, alsof ze spreken voor alle islamitische rechtsstelsels: D.S. EL ALAMI (1996), 19; L. ESPOSITO (1982), 24 (plaatst de vereiste onder de huwelijksgevolgen); impliciet: K. MEZIOU, *I.c.*, in M.-Cl. FOGLETS (1996), 215 (beschrijft het als een 'regel van islamitisch recht', terwijl hij andere vereisten expliciet als 'huwelijksbeletsele' benoemt).

<sup>516</sup> A. BELAMRI, "Overzicht van rechtspraak", in M.-Cl. FOGLETS (1998), 116; L. BUSKENS (2000), 97 en 113 (geeft trouwens aan dat het huwelijk tevens nietig is als de overeengekomen bruidsprijs bestaat uit verboden goederen (bv. wijn, varkensvlees); G. FRANSSENS en M.-Cl. FOGLETS, "L'établissement et la validité du lien conjugal entre époux d'une même nationalité étrangère ou de nationalité différente. Les grands principes et leur application en droit international privé belge, illustrés au moyen de la jurisprudence", *Rev. dr. étr.* 1997-98, 714; algemeen, zonder zich te beperken tot het Marokkaanse recht: E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. Cours* 1995, 114-115, die daartoe verwijst naar S. MERNISSI, "Quelques aspects...", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 125; D.S. EL ALAMI (1996), 19, die stelt dat alle rechtsordes die zijn geïnspireerd door de malekitische leer de bruidsprijs beschouwen als nietigheidsvoorwaarde.

is de stap van de bepaling als nietigheidgrond in feite overgeslagen. Onmiddellijk wordt aangegeven dat het huwelijk nog slechts kan worden nietigverklaard als het huwelijk nog niet geslachtelijk is voltrokken. Is dat wél reeds gebeurd, dan vormt de niet-bepaling van een bruidsprijs geen nietigheidgrond meer, noch een grond tot ontbinding, en wordt een beroep gedaan op het gewoonterecht om een passende gift te bepalen<sup>517</sup>. Bepaalde auteurs leiden uit het artikel af dat een huwelijksovereenkomst zonder bepaling van een bruidsprijs nietig is<sup>518</sup>. Dergelijke interpretatie doet evenwel onrecht aan de bepaling dat de geslachtelijke voltrekking het huwelijk onaantastbaar maakt. Slechts als men zou aannemen dat de genoemde nietigheid wordt gedekt door de geslachtelijke voltrekking, is de theorie van de nietige overeenkomst verenigbaar met art. 37 Mud. De bepaling in meerdere familiewetten dat het gewoonterecht corrigerend kan tussenkomen<sup>519</sup>, sterkt ons evenwel in de opvatting dat slechts een expliciete afwijking van de grondvereiste het huwelijk nietig maakt<sup>520</sup>.

#### \* Evaluatie en voorstellen inzake kwalificatie in het Belgische I.P.R.

**190.** Voor het Marokkaanse recht kan aldus aangenomen worden dat de bruidsprijs als nietigheidgrond wordt beschouwd. De illustratie geeft evenwel aan dat het niet steeds eenvoudig is om de kwalificatie van de *lex patriae* te achterhalen. Daarom menen we dat de bruidsprijs als een louter huwelijksgevolg beschouwd kan worden, tenzij het tegendeel wordt bewezen a.h.v. een wettekst of voldoende kenbare gewoonte.

**191.** Tenzij het bewijs wordt aangebracht dat de bruidsprijs een huwelijksvereiste vormt, hoeft de regeling o.i. m.a.w. niet in aanmerking te worden genomen om de geldigheid van het huwelijk te bepalen. We nemen in dat geval aan dat de niet-bepaling of niet-betaling<sup>521</sup> van een bruidsprijs in toepassing van de *lex patriae* van de betrokkenen hoogstens een echtscheidingsgrond vormt. Niet alle Staten staan een ontbinding van het huwelijk op deze grond evenwel toe. De meeste Staten verbieden de ontbinding overigens zodra het huwelijk geslachtelijk is voltrokken. Van dan af is de vrouw schuldeiser. Ze heeft evenwel niet de waarborg dat de schuld ingelost wordt<sup>522</sup>.

<sup>517</sup> Cf. *infra*.

<sup>518</sup> A. BELAMRI, "Overzicht van rechtspraak", in M.-Cl. FOLETS (1998), 116.

<sup>519</sup> Y. LINANT DE BELLEFONDS, o.c., nr. 811; M. M'SAHLA (1999), 55. Zie o.m. art. 54, 4 en 61, 6 Syrische familiewet; art. 57 Jordaanse wet (bepaalt dat in dat geval de rechter een gift bepaalt); art. 19, 1 Iraakse familiewet. Art. 12 Tunesische en art. 15 Algerijnse familiewet vereisen evenwel dat voor de huwelijksluiting expliciet een bedrag wordt vastgesteld, dat een 'montant sérieux' moet zijn (M. M'SAHLA (1999), 55 en K. MEZIOU, "Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille", in J.Y. CARLIER (ed.), *Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 225).

<sup>520</sup> M.C. FOLETS, "Ten geleide" in M.C. FOLETS (1998), 47, bevestigt de nietigheid in dat geval en spreekt zich niet uit over andere nietigheidgronden.

<sup>521</sup> De betaling dient te gebeuren op een vooraf afgesproken ogenblik of volgens de regels van het gewoonterecht. Vaak is dat voor de helft na de geslachtelijke voltrekking van het huwelijk en voor de andere helft bij verstoting of bij vooroverlijden van de echtgenoot.

<sup>522</sup> Zie o.m. art. 21 Mud.

Het recht op een bruidsprijs is m.a.w. precair.

**192.** Is het huwelijk in België aangegaan<sup>523</sup> of besluit de rechter dat de nauwe aanknoping van de situatie bij de Belgische rechtsorde een toepassing van Belgisch recht rechtvaardigt, dan kan in toepassing van Belgisch *contractenrecht* worden geoordeeld dat een aanvaard aanbod moet worden uitgevoerd. Van een aanbod is *in casu* sprake als een bruidsprijs is bepaald in het huwelijkscontract. Door het huwelijk aan te gaan, heeft de vrouw het aanbod aanvaard. Het komt aan de man toe om het uit te voeren. We gaan niet nader in op deze *contractenrechtelijke* kwestie. De kans dat ze de exceptie van onbeschikbaarheid van de staat wordt tegengeworpen, is reëel. Wordt de bruidsprijs geassimileerd met een schenking binnen het huwelijk, dan is overigens het huwelijksvermogensrecht toepasselijk<sup>524</sup>.

**193.** Wordt het bewijs geleverd dat de bruidsprijs aan de grondslag ligt van een huwelijksvereiste, zoals naar Marokkaans recht, dan rijzen vervolgens twee vragen: kan een huwelijksluiting in België afhankelijk worden gesteld van de bepaling van een bruidsprijs en kan de niet-betaling van de bruidsprijs op het afgesproken ogenblik, na de huwelijksluiting een grond tot nietigverklaring van het huwelijk vormen voor de Belgische I.P.R.-rechter?

**194.** De I.P.R.-rechtspraak inzake de bruidsprijs als huwelijksvereiste heeft een hele evolutie doorgemaakt en getuigt nog steeds niet van een eenvormige aanpak. Oudere rechtspraak wekt de indruk dat de vereiste voorheen zonder meer, in toepassing van het buitenlandse recht – al dan niet in een juiste interpretatie<sup>525</sup>, als nietigheidsgrond werd toegepast<sup>526</sup>. Bepaalde rechters

<sup>523</sup> Zie de *locus regit actum*-regel.

<sup>524</sup> De vraag naar o.m. haar herroepbaarheid wordt dan beantwoord in toepassing van de wet die de personele gevolgen van het huwelijk regelt, *i.e.* de gemeenschappelijke nationale wet of de wet van hun eerste echtelijke verblijfplaats: Brussel 22 april 1988, *J.T.* 1988, 664.

<sup>525</sup> We verwijzen terug naar onze opmerking dat o.m. over de bepalingen ter zake van de Mud. betwisting bestaat.

<sup>526</sup> In toepassing van het Marokkaanse recht werd het huwelijk nietigverklaard omdat geen bruidsprijs was betaald. Is het huwelijk nog niet geslachtelijk voltrokken op het ogenblik van de vordering, dan wordt de vrouw m.b.t. de bruidsprijs op haar woord geloofd in toepassing van art. 24 en 37 Mud. en wordt het huwelijk op haar vraag nietigverklaard. De Belgische I.P.R.-rechter paste deze nietigheidsgrond zonder meer toe: Rb. Bergen 23 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 405; Brussel 12 oktober 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 50, noot M. VERWILGHEN; Rb. Brussel 20 februari 1985, *J.T.* 1985, 286; Rb. Brussel 28 oktober 1986, *T. Vreemd.* 1986, nr. 40, 20; Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 391, noot M. FALLON. Impliciet: Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 599 (de betaling van de bruidsprijs werd betwist in het kader van een vordering tot nietigverklaring op grond van schijnhuwelijk; *in casu* werd niet besloten tot schijnhuwelijk; de rechterlijke afweging van de middelen geeft evenwel impliciet aan dat de bruidsprijs een element kan zijn om de geldigheid van het huwelijk mee te bepalen. Zie ook J. MEEUSEN (1997), nr. 328; H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Parijs, 1956, 32-33; M. TAVERNE, *Le droit familial maghrébin et son application en Belgique*, Brussel, Larcier, 1981; M. EL KAROUNI, "La dot et l'ordre public international belge", in F. STRIJBOOSCH en M.-CL. FOBLETS (ed.), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, The International Institute for the Sociology of Law, 1999, 85 e.v.

namen daarbij genoeg met een kleine bruidsprijs, bv. de overhandiging van een ring, naar analogie met het westerse gebruik<sup>527</sup>.

**195.** De opvatting dat de rechtsfiguur inbreuk maakt op het beginsel van de onbeschikbaarheid van de persoonlijke staat<sup>528</sup> of op het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw<sup>529</sup>, haalt de laatste jaren de bovenhand. Bepaalde auteurs menen evenwel dat deze beginselen slechts tegen de toepassing van de vereiste kunnen worden ingeroepen als de situatie voldoende nauwe banden heeft met de Belgische rechtsorde<sup>530</sup>.

Voor zover de gepubliceerde rechtspraak een representatieve kijk geeft op de huidige denklijnen, wordt vandaag overwegend aangenomen dat de betaling<sup>531</sup>

<sup>527</sup> Rb. Brussel 1 juni 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 50. De betreffende rechtsordes stellen zich zelf soms soepel op: de Iraakse wet eist mogelijk enkel dat de bruidsprijs geldig was bepaald in een *contract*. Art. 19-22 bepalen niets rond het bedrag. De meeste Staten stellen evenwel dat het gewoonterecht de minimale waarde bepaalt: bv; art. 35 en 44 Jordaanse familiewet (gewoonte in het dorp); art. 54 Syrische familiewet (het maximum en minimum zijn wettelijk bepaald. Daarnaast kan de rechter op grond van de gewoonte steeds een gepast bedrag bepalen). L. BUSKENS (1999), 102, stelt dat de verlening van een uitstel van betaling bij insolventie een groot deel van de verstotingen kan tegengaan.

<sup>528</sup> Een vrouw kan niet gekocht worden: zie ook S. HAERI, *Temporary marriage in Iran*, London, Taurus, 1989, 30; E.A. BAERENDS, "Woman is king, man a mere child", *Journal of legal pluralism and unofficial law* 1990-1991, Speciaal nummer The socio-legal position of women in changing society, 53; A. HEYVAERT, *Het gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 246. Dit argument kan des te sterker gelden tegen wetgevingen die de bruidsprijs aan de ouders van de vrouw doen toekomen: o.m. Swaziland en Kenia: K.O. ADINKRAH, "Folk law is the culprit: women's 'non-rights' in Swaziland", *Journal of legal pluralism and unofficial law* 1990-1991, Speciaal nummer The socio-legal position of women in changing society; M. ELOSEGUI, "Les droits de la femme kenyane: conflit entre le droit statutaire et le droit coutumier", *Rev. dr. afr.* 1999, nr. 11, 331. L. BUSKENS, *doct.*, 100, stelt evenwel dat het tekort zou doen aan de islamitische leer om de bruidsprijs te kwalificeren als teken van een overeenkomst met ongeoorloofd voorwerp (m.n. seksuele betrekkingen).

<sup>529</sup> In deze zin o.m. Rb. Brussel 19 oktober 1994 en 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Gent 12 september 1994, *A.J.T.* 1994-95, 224, noot K. WAUTERS-LAMBEIN en W. WAUTERS; Brussel 17 april 1985, *aangeh.* door G. VAN HECKE en F. RIGAUX, "Droit international privé (conflits de lois). Examen de jurisprudence (1981-1990)", *R.C.J.B.* 1991, 156; Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 46; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; V. VAN DEN EECKHOUT (*doct.*), 253.

<sup>530</sup> G. VAN HECKE en F. RIGAUX, o.c., 156; M. EL KAROUNI, "La dot: une institution contraire à l'ordre public international belge?", in F. STRIJBOOSCH en M.-CL. FOLETS (eds), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, The International Institute for the Sociology of Law, 1999, 96-97.

<sup>531</sup> Let wel: de bepaling van een bruidsprijs kan hoogstens een aanwijzing zijn voor een vermoeden van huwelijksdwang of schijnhuwelijk en moet minstens worden versterkt door andere elementen (Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66), bv. de niet-geslachtelijke voltrekking van het huwelijk (Cf. art. 37 Mud.: het huwelijk is slechts vernietigbaar als het nog niet geslachtelijk is voltrokken. In het andere geval wordt de geldigheid bevestigd door een passende bruidsprijs. Art. 24 Mud. geeft aan dat wordt vertrouwd op de verklaring van de vrouw in geval van betwisting alvorens de consumptie heeft plaatsgevonden. Toepassing van deze bepalingen om het huwelijk nietig te verklaren: Rb. Brussel 28 oktober 1986, *T. Vreemd.* 1986, 20; Rb. Brussel 20 februari 1985, *J.T.* 1985, 286 (het huwelijk was overigens gesloten voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. De uitspraak lijkt hierdoor in strijd met de Wet-Rolin die stelt dat vernietiging en ontbinding in



van een bruidsprijs of het uitblijven<sup>532</sup> ervan een feitelijke aanwijzing is om de geldigheid van het huwelijk mee te beoordelen, maar dat het geen geldige grondvereiste is voor het huwelijk<sup>533</sup>. De Belgische openbare orde verzet zich ertegen dat aan de bruidsprijs juridisch meer betekenis zou worden verleend<sup>534</sup>.

### - Huidige I.P.R.-rechtspraak

**196.** Bepaalde auteurs menen dat het niet nodig is om de B.I.P.O.O.-exceptie in te roepen tegen de vereiste. Het volstaat om te verwijzen naar de regel '*locus regit actum*'<sup>535</sup>. Hiervoor is evenwel een wegwakificering van de vereiste als vormvoorwaarde nodig. Deze techniek werd reeds meermaals toegepast<sup>536</sup>. Ze lijkt ons evenwel niet aangewezen. Is de bruidsprijs in toepassing van de *lex patriae* een huwelijksvereiste, dan betreft het onmiskenbaar een grondvereiste voor het huwelijk.

**197.** De bepaling dat een huwelijk slechts geldig is als een bruidsprijs is bepaald en gedeeltelijk wordt uitbetaald bij de geslachtelijke voltrekking van het huwelijk, kan o.i. niet worden afgedwongen. Een huwelijk dat in toepassing van dergelijke huwelijksvereiste wordt aangegaan, kan immers beschouwd worden als een voorwaardelijk huwelijk. Staat en valt het huwelijk met de betaling, dan is de toestemming niet vrij en is het huwelijk nietig. De betaling kan m.a.w. niet worden afgedwongen.

Wél is een betaling aanvaardbaar. Het huwelijk is m.n. slechts ongeldig in

---

dergelijk geval naar Belgisch recht gebeuren: M. TAVERNE, noot onder Rb. Bergen 23 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 405; Brussel 12 oktober 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 50, noot M. VERWILGHEN; Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 46).

<sup>532</sup> O.m. Brussel 1 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 599, noot M. LIENARD-LIGNY; Brussel 10 mei 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 43. *Contra*: Rb. Brussel 19 oktober 1994, *aangeh.*; Rb. Brussel 30 november 1994, *aangeh.*; Gent 12 september 1994, *aangeh.*: de niet-betaling kan geen grond tot nietigverklaring van het huwelijk zijn. Ze geeft niet aan dat er geen huwelijksinstemming was. Het is onduidelijk of het verschil in de uitspraken steunt op het feit dat in de eerste gevallen het huwelijk was gesloten door een Marokkaanse instantie, en in de laatstgenoemde door de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand, of of daarentegen sprake is van een algemene herziening in rechtspraak. In dezelfde zin: M. EL KAROUNI, "La dot: une institution contraire à l'ordre public belge", *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 414.

<sup>533</sup> Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 2 oktober 1996, *J.L.M.B.* 1997, 1570 (*in casu* oordeelde de rechter evenwel dat de vrouw zichzelf tegensprak door voor de Marokkaanse rechter een echtscheiding te vorderen en daarbij niet te eisen dat het tweede deel van de gift zou worden betaald).

<sup>534</sup> Cass. 27 februari 1986, *J.T.* 1987, 52; Brussel 17 april 1985, A.R. 1460/84, *onuitg.*, *aangeh.* in G. VAN HECKE en F. RIGAUX, *I.c.*, 156; Rb. Brussel 28 oktober 1986, *Rev. dr. étr.* 1986, 12; Gent 12 september 1994, *R.W.* 1996-97, 1194, *A.J.T.* 1994-95, 224, noot K. WAUTERS-LAMBEIN en W. WAUTERS; Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54; Rb. Brussel 30 november 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 66; Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60.

<sup>535</sup> J. DEPREZ, "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé", M.C. FOLETS (1996), 68.

<sup>536</sup> Rb. Brussel 19 oktober 1994; Brussel 30 november 1994; Brussel 1 februari 1990, *J.L.M.B.* 1994, 593, noot M. LIENARD-LIGNY; Brussel 28 oktober 1986, *Rev. dr. étr.* 1986, 112; Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 46.

zoverre de vervulling van de voorwaarde een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de huwelijkstoestemming<sup>537</sup>. Blijft de toestemming volwaardig, ook al wordt de voorwaarde niet vervuld, dan is de geldigheid van het huwelijk niet aangetast. De voorwaarde wordt weggedacht<sup>538</sup>. De geldigheid van het huwelijk wordt louter bepaald a.h.v. de vraag of een geldige, vrije en persoonlijke huwelijkstoestemming is gegeven.

Door de voorwaarde te negeren, wordt het huwelijk als dusdanig mogelijk gezuiverd<sup>539</sup>. Is de bruidsprijs nog niet betaald, en heeft geen van de partijen er bezwaar tegen dat de voorwaarde wordt geschrapt, dan kan het huwelijk tussen de twee betrokkenen worden geregulariseerd door negatie van de wettelijke voorwaarde en blijven voortbestaan.

**198.** Dergelijke werkwijze laat toe dat een huwelijk waarbij de bruidsprijs reeds is betaald, blijft voortbestaan. Is de voorwaarde reeds vervuld, dan is niet langer sprake van een voorwaardelijk huwelijk. De betaling hoeft op zich de openbare orde niet te stuiten<sup>540</sup>. Pas als daadwerkelijk een inbreuk is gepleegd op de huwelijksvrijheid, komt o.i. de geldigheid van het huwelijk in het gedrang.

**199.** De voorgestelde benadering vanuit de rechtsfiguur van het voorwaardelijk huwelijk heeft m.a.w. als voordeel dat de vraag of een *vereiste* van bruidsprijs de openbare orde al dan niet schendt uit de weg gegaan kan worden.

#### - Voorstel

**200.** Op welke wijze we ook met de rechtsfiguur van de bruidsprijs omgaan bij huwelijksluiting in België, de uitkomst houdt onvermijdelijk een nadeel in. Ofwel wordt een inbreuk begaan op het beginsel van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon, ofwel ontstaat een hinkend huwelijk. Wordt er door de betrokkenen zelf voor geopteerd om af te wijken van de vereiste naar buitenlands recht, m.n. door geen bruidsprijs te bepalen, dan kan hier evenwel uit worden afgeleid dat zij bereid zijn om het risico op een hinkend huwelijk te

<sup>537</sup> Zie ook de gelijkaardige regeling in die zin van art. 38 Marokkaanse Mud.: voorwaarden in het huwelijkscontract die strijdig zijn met de bedoeling van het Marokkaanse huwelijksrecht worden genegeerd (hierover L. BUSKENS (1999), 115). Deze bepaling heeft vanzelfsprekend geen betrekking op de Marokkaanse bruidsprijs, maar wordt in andere omstandigheden aangewend.

<sup>538</sup> J. DABIN, noot onder Rb. Brussel 7 april 1946, *R.C.J.B.* 1947, 39.

<sup>539</sup> P. RAYNAUD en J.L. AUBERT (eds), "Mariage", *Rép. Dalloz de droit civil*, nr. 109.

<sup>540</sup> F. PALM-RISSE (1990), 178; M. DEL PILAR DIAGO DIAGO, "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", *Ann. dr. louv.* 2001, 423; M. EL KAROUNI, "La dot: une institution contraire à l'ordre public belge", *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 422-423: de opwerping van de openbare-orde-exceptie wordt vermoedelijk gesteund op een "explication extrajuridique: l'analogie erronée reposant sur une approche culturelle insuffisamment diatopique et dialogique". Wordt de bruidsprijs niet – ten onrechte – gelijkgesteld met onze eigen vroegere Belgische bruidsschat, en wordt daarmee niet zijn functie van onderhoudsuitkering naar Marokkaans recht verwaarloosd? Daarnaast rijst de vraag in hoeverre onze eigen culturele waarden noodzakelijk deel uitmaken van de elementen die onze democratische samenleving vormen en daarom geen vreemde culturele elementen toelaten.

aanvaarden<sup>541</sup>. Houden we er tevens rekening mee dat bij mogelijk mislukken van het huwelijk en bij opvolgende echtscheiding de vrouw in België in geval van behoefte vaak op haar vordering een onderhoudsuitkering zal worden toegekend, dan bieden we tegelijk een alternatief voor de financiële zekerheid die een bruidsprijs de vrouw zou bieden.

**201.** Volgens Deprez zou de Franse rechter de voorwaarde over het algemeen zonder meer negeren en het aan het consulaat overlaten om na te gaan of ze vervuld is. De ambtenaar van de burgerlijke stand houdt zich niet bezig met het onderzoek van het beletsel<sup>542</sup>. Deze houding lijkt ons het meest aangewezen. Het kan niet ontkend worden dat het systeem van de bruidsprijs in bepaalde Staten nog steeds een techniek is om de vrouw een eigen vermogen te gunnen. Een beoordeling schommelt steeds tussen enerzijds die van een schending van het gelijkheidsbeginsel en anderzijds integendeel een correctie op een bestaande ongelijkheid. Enerzijds ligt de bruidsprijs nog steeds aan de grondslag van gedwongen huwelijken<sup>543</sup> of van afhankelijkheid<sup>544</sup>. Anderzijds biedt ze de vrouw via een zelfstandig vermogen een correctie op haar maatschappelijk bepaalde financiële afhankelijkheid<sup>545</sup> of biedt ze een alternatief voor een

<sup>541</sup> S. SAROLEA, *I.c.*, 19, suggereert overigens dat deze keuze zelfs zou aangeven dat de band met de rechtsorde van het land van herkomst dermate is afgenomen dat het risico op een hinkend huwelijk er verwaarloosbaar door is geworden.

<sup>542</sup> J. DEPREZ, *I.c.*, 68.

<sup>543</sup> H. SADEK en H. EL HADDAD, "Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (eds), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 46, halen aan dat de toewijzing van een vrouw door haar mandataris aan een man die haar status past en haar een voldoende grote bruidsprijs geeft, haar in Egypte tot het huwelijk verplicht, ook al heeft hij een gebrek of ziekte.

<sup>544</sup> Het is overigens in een migratiecontext onduidelijk wie precies wordt benadeeld door de vereiste van een bruidsprijs. Enerzijds kan een vrouw met wettig verblijf in België de kandidaat-echtgenoot die haar wil vervoegen op grond van gezinshereniging onder druk zetten om een grote bruidsprijs te betalen. Anderzijds kan de belofte van een hoge bruidsprijs haar het slachtoffer maken van een gedwongen huwelijk, wanneer de familie meent dat ze het aanbod niet kan weigeren (*cf. supra*, het voorbeeld van Egypte). Ook bestaat het risico dat de echtgenoot de uitbetaling van de bruidsprijs zo lang mogelijk uitstelt, om op die manier de vrouw te beletten het huwelijk vroegtijdig te ontbinden. In een migratiecontext zal de man haar dus mogelijk aan het lijntje houden tot hij zijn zelfstandig verblijfsrecht heeft verworven. Zij van haar kant kan het huwelijk dan weer nietig doen verklaren wegens niet-betaling of om andere redenen. Ook deze elementen kunnen de Belgische I.P.R.-rechter beïnvloeden in zijn oordeel over de bruidsprijs. In die zin o.m. M. CHARFI, *o.c.*, 38; PH. FAVART, "Quelques spécificités magrébines dans la condition des étrangers", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (eds), *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, Louvain-la-Neuve, Academia Louvain-la-Neuve, 1989, 23-24; M.-Cl. FOLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Paris, Karthala, 1994, 228-231; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Nederlanders, wie zijn dat?", *I.c.*, 596; R. LESTHAEGE, "Transnational islamic communities in a multilingual secular society", *Internetsite VUB - Interface demography*, 1999, 54. Volgende auteurs wijzen er evenwel op dat de bruidsprijs de vrouw met een afhankelijke verblijfstitel enigszins een sterkere rechtspositie geeft: M. VAN DER LINDE EN S. VAN WALSUM, "De problematiek van zwarte en migrantenvrouwen", in HES, LIJNZAAD e.a., *Het vrouwenverdrag, een beeld van een verdrag*, *o.c.*, 274; L. MULDER, "Migrantenvrouwen en mensenrechten", *I.c.*, 70-71; E. VAN BLOKLAND, "Afhankelijk verblijfsrecht en de koppelingwet", *Nemesis* 1997, 23; S. VAN WALSUM, "Steeds dichterbij je bed", *I.c.*, 185.

<sup>545</sup> O.m. Cass. fr. 4 april 1978, *J.D.I.* 1979, 353, bevestigende noot Y. LEQUETTE; L. MILLIOT en F.P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1987, 265; L. BUSKENS

onderhoudsplicht<sup>546</sup> en zet ze een rem op eenzijdige verstotingen<sup>547</sup>. Door de gift zou een situatie worden rechtgetrokken die de schijn wekt van gelijkheid, maar slechts formeel is en naar resultaat ongelijkheid creëert<sup>548</sup>. De vrouw heeft in realiteit geen financiële middelen, behalve haar bruidsprijs.

De betaling van de bruidsprijs staat bovendien, in tegenstelling tot onze eigen onderhoudsregeling, los van de schuldvraag van de schuldenaar of van de behoefte van de gerechtigde<sup>549</sup>. De vaststelling dat de partijen vrij de hoogte van de bruidsprijs kunnen bepalen, dat een louter symbolisch geschenk volstaat en dat de vrouw er volledig vrij over beschikt, bevestigt volgens vele auteurs het overwegend emanciperende karakter van de bruidsprijs<sup>550</sup>.

---

(2000), 100; J.Y. CARLIER, "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié?", *J.T.* 1985, 107; M. EL KAROUNI, *l.c.*, 97-98; A. HASAN, "Islamic family law in the English courts", *Family law* 1998, 101; M. RENAERTS, "Entre tradition et administration: expertise culturelle à la suite d'un acte criminel", *Onati proceedings*, o.c.; M. TAVERNE, *Droit familial maghrébin et son application en Belgique*, Brussel, Larcier, 1981, 80; A. TESTART, "Pourquoi ici la dot et là son contraire?", *Droit et culture* 1997, 113; V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 105 en 250. Indirect, met de stelling dat de bruidsprijs geen koop prijs is: Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Droit musulman comparé*, o.c.

<sup>546</sup> Zie ook: Duitse Bundesgerichtshof 28 januari 1987, *IPRax* 1988, 109. Zie ook E.A. BAERENDS, "Woman is king, man a mere child", *Journal of legal pluralism and unofficial law* 1990-1991, Speciaal nummer The socio-legal position of women in changing society, 52-53 en 68 (met referenties); L. BUSKENS, *doct.*, 102; E. JAYME (1995), 114; M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos de mariages mixtes en Belgique", *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 258; M. EL KAROUNI, *l.c.*, 100; M. M'SALHA, *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, doctoraat, 1999, 98 (stelt op p. 100 evenwel dat de instelling voornamelijk op morele gronden steunde. De man moet er zijn eerbied voor het huwelijk mee bekrachtigen. Vandaag is het 'verworden' tot een materieel gegeven); L. BUSKENS, *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam, Bulaaq, 1999, 97-102.

Bepaalde rechters menen dan weer dat de vrijstelling van de Marokkaanse vrouw om financieel bij te dragen in het huishouden strijdig is met de BIPOO (Vred. Schaarbeek 25 september 1991, *Rev. dr. étr.* 1991, 359) en met art. 221 B.W. dat politiewet is (Rb. Luik 30 maart 1988, *R.G.D.C.* 1989, 417).

<sup>547</sup> M. M'SALHA (1999), 210-211; R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Paris, L.G.D.J., 2002, 29 en 56, stelt dat de verstoting recht geeft op een onmiddellijke uitbetaling van de gift of het saldo ervan. Dit schrikt meerdere mannen af. BEGDACHE relateert evenwel tegelijkertijd dat veel vrouwen bij de huwelijksluiting vaak niet voldoende gewicht in de schaal kunnen leggen om een mooie bruidsprijs te bedingen.

<sup>548</sup> M. EL KAROUNI, "La dot: une institution contraire à l'ordre public international belge?", in F. STRIJBOOSCH en M.C. FOLETS (ed.), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, The International Institute for the Sociology of Law, 1999, 97; M. CHARFI, *Code de statut personnel annoté*, Marrakech, Walili, 1996, 34, bevestigt dat de Marokkaanse Mudawwanah, art. 19 wet personeel statuut Irak, art.54 wet personeel statuut Syrië, art. 14 familiewet Algerije integendeel een einde stellen aan de verkoop van vrouwen.

<sup>549</sup> Y. LEQUETTE, noot onder Cass. 4 april 1978, *J.D.I.* 1979, 358; V. VAN DEN EECKHOUT (*doct.*), 251.

<sup>550</sup> M. EL KAROUNI, *l.c.*, 97-98; M. CHAFI, *Code de statut personnel annoté*, Marrakech, Walili, 1996, 34, bevestigt dat de Marokkaanse Mud. evenals o.m. art. 19 Iraakse familiewet, art. 54 Syrische familiewet, art. 14 Algerijnse familiewet een einde hebben gesteld aan de vroegere 'verkoop' van vrouwen; S. SAROLEA, *l.c.*, 15, meent dat het inroepen van de B.I.P.O.O. niet enkel een sterke band met de Belgische rechtsorde vergt, maar tevens een onderzoek naar het voorwerp van de vordering en naar de graad van onverenigbaarheid van de buitenlandse

**202.** Om die reden menen we dat een huwelijk dat met bepaling van een bruidsprijs is aangegaan, perfect geldig is en dat de verbintenis die is ontstaan m.b.t. de bruidsprijs vrijwillig kan worden uitgevoerd<sup>551</sup>.

**203.** We sluiten ons evenwel niet aan bij de stelling dat het *contradictoir* is om de regeling van de bruidsprijs, die in vele islamitische rechtsstelsels een correctie biedt op het ontbreken van een onderhoudsuitkering na verstoting, buiten werking te stellen en vervolgens achteraf te weigeren een verstoting te erkennen omdat er niet in enige compensatie voor de vrouw is voorzien<sup>552</sup>. Wordt onze rechtsorde geconfronteerd met een verstoting of echtscheiding, dan kan best de eigen onderhoudsregeling in werking worden gesteld. De bruidsprijs heeft weliswaar een compensatoir karakter, maar is te weinig flexibel. Ze neemt immers de vorm aan van een kapitaal en is niet expliciet afgestemd op de concrete behoeften van de vrouw.

**204.** Het Duitse Bundesgerichtshof heeft zich in 1988 wél bereid betoond om een verregaande functionele assimilatie van de bruidsgift met een onderhoudsuitkering toe te passen<sup>553</sup>. Een Israëlische moslimvrouw vorderde van haar Duitse echtgenoot in het kader van een echtscheiding de volledige uitbetaling van de overeengekomen bruidsprijs van 100.000 Duitse Mark (50.000 euro). De bruidsprijs was overeengekomen n.a.v. de religieuze viering die had plaatsgevonden na de burgerlijke huwelijksluiting. Het Hof besliste niet de Israëlische wet toe te passen, maar de Duitse *contractenwet*, als wet van de gewoonlijke verblijfplaats van het nationaliteitsgemengde koppel. De rechter kwalificeerde de bruidsprijs als een overeengekomen onderhoudsuitkering en assimileerde ze met de onderhoudsovereenkomst die Duitse partners kunnen aangaan in het kader van een echtscheiding naar Duits recht<sup>554</sup>.

---

bepaling met onze openbare orde. Het instituut van de bruidsprijs is volgens Saroléa geenszins een belangrijke manifestatie van de mannelijke overheersing. Vermogensrechtelijk is een vrouw m.n. volledig zelfstandig (zie o.m. art. 35, vierde lid Mud.). De vereiste schendt haar rechten niet en kan verder worden toegepast, zolang ze niet volledig uit het Marokkaanse recht is verdwenen. Andere auteurs stellen dan weer dat de man het bedrag autonoom bepaalt en dat hij er vaak een deel van achterhoudt om de vrouw te beletten het huis te verlaten: C. DIB-MAROUF, "Mariage, système dotal et litigiosité en Algérie, d'après la jurisprudence de la deuxième moitié du 20e siècle", in *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, 272 en 294, m.b.t. Algerije. Zie ook P. DECROUX, "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative...", *JDI* 1985, 69.

<sup>551</sup> In dezelfde zin: V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 255.

<sup>552</sup> M. EL KAROUNI, *l.c.*, 100.

<sup>553</sup> BGH 28 januari 1987, *IPRax*. 1988, 109, *tevens aangeh.* in E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. Cours* 1995, 114-115.

<sup>554</sup> § 1585 BGB. Voor een nauwkeurige afweging van pro's en contra's voor deze of gene kwalificatie: M. DEL PILAR DIAGO DIAGO, "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", *Ann. dr. louv.* 2001, 407-441. Ook al wordt de bruidsprijs in de meeste islamitische staten beschouwd als een huwelijksgevolg, het is aangewezen dat de I.P.R.-rechter een functionele kwalificatietechniek toepast. Deze laat toe dat rekening wordt gehouden met de concrete omstandigheden, met de concrete rol die de bruidsprijs *in casu* vervult. De rechter laat zich daarbij leiden door het belang van de zwakste partij, de vrouw. DEL PILAR DIAGO DIAGO wijst alvast een kwalificatie als

**205.** Hetzelfde gebeurde eveneens reeds naar Nederlands recht<sup>555</sup>.

**206.** Dergelijke handelswijze is o.i. slechts wenselijk als het bedrag inderdaad overeenstemt met het bedrag van een normale onderhoudsuitkering in een gelijkaardige situatie<sup>556</sup>. Ze bevordert de internationale beslissingsharmonie. Is het bedrag van de bruidsprijs evenwel beperkt, dan kan de vrouw minstens op haar recht worden gewezen om een hogere uitkering te vorderen. Er zijn overigens principiële bedenkingen mogelijk bij de wenselijkheid van een assimilatie. De bruidgift is een last die slechts op de man berust en die geen verband houdt met enige schuldnotie, noch met de behoefte van de vrouw en de middelen van de man<sup>557</sup>. Ook I.P.R.-technisch valt de oplossing te verwerpen: het recht dat het onderhoud bepaalt is immers hetzelfde als het recht op grond waarvan de huwelijksontbinding is uitgesproken. Ofwel wordt m.a.w. verwezen naar het Marokkaanse recht en kan geen onderhoudsuitkering worden toegekend in toepassing van dat recht (en wordt daartoe verwezen naar de *lex fori*), ofwel worden het echtscheidingsrecht én de onderhoudsregeling van het *forum* toegepast<sup>558</sup>. Bovendien zijn de betalingsmodaliteiten afhankelijk van de geslachtelijke voltrekking van het huwelijk. Bepaalde auteurs menen hierdoor dat de overeenkomst een ongeoorloofd voorwerp heeft<sup>559</sup>.

Een eenvoudige toepassing van het Belgische onderhoudsrecht lijkt ons hoedanook de meest eenduidige oplossing te bieden.

---

huwelijksvermogensrechtelijke bepaling af (nog toegepast door BGH 14 oktober 1998, *FamRZ*. 1999, 217 en Cass. fr. 2 december 1997, *R.C.D.I.P.* 1998, 632, maar afgewezen door Cass. fr. 7 april 1998, *R.C.D.I.P.* 1998, 644-645, omdat dit slechts mogelijk is als expliciet is geopteerd voor een bijzonder huwelijksvermogensregime. Het wettelijke regime van gemeenschap van goederen verwijst niet naar een bruidsprijs of equivalente instelling. Ook is een *contractuele* kwalificatie niet aangewezen: er is geen schuld zonder oorzaak en tevens betreft het een huwelijksvoorwaarde. Deze is persoonlijk en niet *contractueel* van aard.

<sup>555</sup> Rb. Den Haag 24 januari 1996, *N.I.P.R.* 1996, 69; Rb. Den Haag 1 februari 1999, *N.I.P.R.* 1999, 143.

<sup>556</sup> Ook de *mout'a*, troostprijs voor de vrouw in geval van verstoting, vertoont enige gelijkenis met een onderhoudsuitkering: art. 52bis Marokkaanse Mud. bepaalt dat de rechter zich voor de bepaling ervan steunt op de financiële toestand van beide partners en in het bijzonder op de situatie van de vrouw. Art. 1248 Dahir des obligations et *contrats* verleent de vrouw daarbij overigens een geprivilegieerde schuldeis op de roerende goederen. Art. 117 Syrische familiewet beperkt de *mout'a* tot max. drie jaar onderhoud, art. 134 Jordaanse familiewet tot één jaar en de Egyptische familiewet tot twee jaar onderhoud.

<sup>557</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 105; L. JORDENS-COTRAN, "De instemming van de vrouw met de verstoting. Kanttekeningen bij het voorstel tot wijziging van artikel 3 WCE", *Migrantenrecht* 1996, 162; L. JORDENS-COTRAN, *l.c.*, *N.I.P.R.* 2000, 393. Wordt een ongelijke behandeling door Belgisch recht geweerd, dan moeten ook de compensatiemechanismen die door dat buitenlandse recht zijn ingesteld worden geweerd en vervangen door Belgische regels.

<sup>558</sup> L. JORDENS-COTRAN, *l.c.*, *N.I.P.R.* 2000, 393, die overigens aangeeft dat ook art. 8 Haags Onderhoudsverdrag van 1973 deze gelijkenschakeling van aanknopingen voorziet.

<sup>559</sup> A. HEYVAERT, *Het gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 246.

**E.1.c. Besluit**

**207.** De bruidsprijs vervult in bepaalde buitenlandse rechtsordes de functie van huwelijkse grondvereiste. In andere is het slechts een huwelijksgevolg. Eenmaal beloofd, kan ze o.i. hoogstens als belofte tot schenking worden beschouwd. De afdwinging van de bruidsprijs wordt daarbij geregeld door het huwelijksvermogensrecht of door het *contractenrecht*.

**208.** De niet-bepaling of niet-betaling van de bruidsprijs kan o.i. in België noch aanleiding geven tot een weigering om het huwelijk te voltrekken, noch tot een nietigverklaring van het huwelijk dat in strijd ermee is aangegaan. De buitenlandse bepaling kan aan de kant worden geschoven door een beroep op hetzij de rechtsfiguur van het voorwaardelijke huwelijk, hetzij de exceptie van openbare orde.

**209.** Is een huwelijk aangegaan in navolging van de buitenlandse vereiste, dan is dat van geen invloed op de bepaling van de geldigheid van het huwelijk<sup>560</sup>. De bruidsprijs kan als een huwelijks voordeel worden beschouwd.

**210.** In het kader van de strijd tegen schijnhuwelijken wordt soms verwezen naar de niet-betaling van de bruidsgift als aanwijzing van veinzing<sup>561</sup>, of naar de betaling als bewijs van de oprechtheid van het huwelijk.

Een vrouw met wettig verblijf in België kan echter evengoed een hoge bruidsprijs eisen in ruil voor het recht op verblijf dat ze haar toekomstige echtgenoot zal verstrekken. De bruidsprijs dreigt dus evengoed omgekeerd aanleiding te geven tot schijnhuwelijken om het geld. De oplossing bestaat er o.i. in de partijen feitelijk de vrijheid te laten om al dan niet een hoge bruidsprijs af te dwingen, resp. te betalen, maar te weigeren gerechtelijk een verplichte betaling af te dwingen. Betaalt de man op eigen initiatief, dan kan hij dat. Wil de vrouw de betaling van de bruidsprijs gerechtelijk afdwingen, dan dient dergelijk verzoek te stuiten op de exceptie van openbare orde.

<sup>560</sup> Zie evenwel *contra*: Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 46 (consulair huwelijk waarbij een bruidsprijs werd betaald).

<sup>561</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 2 (toestemming), randnrs 314, 370 en 433. O.m. Antwerpen 16 juni 1998, 1995/A.R./447, *onuitg.*; Antwerpen 28 april 1998, 1996/A.R./2652, *onuitg.*; Rb. Brussel 17 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 46; Brussel 1 februari 1994, *JLMB* 1994, 599; J. VERHELLEN, "Huwelijk", in *Comm. Pers.*, 5; L. JORDENS-COTRAN, "Wet voorkoming schijnhuwelijken", *M.R.* 1996, 5, noot 15.

## **E.2. DE VEREISTE VAN DE GESLACHTELIJKE VOLTREKKING VAN HET HUWELIJK**

**211.** Deze oneigenlijke huwelijksvereiste werd reeds gedeeltelijk behandeld bij de bespreking van het huwelijksbeletsel van de impotentie. We gaven aan dat dit beletsel in België bij voorkeur slechts de waarde krijgt toegekend van een bepaling die de ambtenaar ertoe aanzet om de partijen op een onderlinge informatieplicht te wijzen. Of ze die plicht vervullen, is verder hun zaak.

**212.** Blijkt na huwelijksluiting één van de partners impotent te zijn, dan kan het huwelijk in België slechts worden beëindigd d.m.v. een echtscheiding, hetzij op grond van fout als de vorderende partij het beledigend karakter van de situatie kan aantonen, hetzij op grond van onderlinge toestemming of na een feitelijke scheiding van twee jaar. De voorwaarde van geslachtelijke voltrekking, die zit vervat in de getrouwheidsplicht, is m.a.w. geen nietigheidsvoorwaarde. Dit verklaart mede waarom het ontbreken van geslachtsgemeenschap slechts één van de elementen vormt in het geheel van vermoedens dat nodig is om te kunnen besluiten tot een schijnhuwelijk.

## **E.3. HET HUWELIJKSGEVOLG VAN DE SAMENWONINGSPLICHT**

**213.** Ook de samenwoningsplicht is een huwelijksgevolg, en geen nietigheidsgrond voor het huwelijk. We staan in ons onderzoek stil bij dit huwelijksgevolg, i.t.t. dat van de plicht tot bijdrage in de lasten van het huwelijk en de hulp- en bijstandsplicht, omdat de samenwoningsplicht in het verblijfsrecht een centrale rol vervult<sup>562</sup>. We behandelden de samenwoningsplicht evenwel reeds, enerzijds in de tweede toegangspoort bij de behandeling van het recht op gezinshereniging, anderzijds bij de behandeling hierboven van de problematiek van het schijnhuwelijk<sup>563</sup>.

---

<sup>562</sup> De andere plichten doen dat slechts heel indirect. Ze liggen m.n. deels aan de grondslag van het recht op gezinshereniging voor huwelijkspartners en vormen een tegenhanger van de vereiste van tenlasteneming die o.m. aan korte verblijfhouders (art. 3bis vreemdelingenwet) en samenwoners in een tweerelatie (Omz. 30 september 1997) wordt gesteld, en van de vereiste van een bewijs van voldoende bestaansmiddelen t.a.v. andere vreemdelingen.

<sup>563</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de huwelijks toestemming), randnrs 372 e.v.



## **F. VOORSTEL M.B.T. DE SANCTIONERING VAN HUWELIJKEN DIE IN HET BUITENLAND ZIJN AANGEGAAN IN STRIJD MET BUITENLANDSE GRONDBELETSELEN OF IN TOEPASSING VAN ONAANVAARDBARE GRONDBELETSELEN**

### **F.1. HUWELIJKEN DIE IN HET BUITENLAND ZIJN AANGEGAAN IN STRIJD MET AANVAARDBARE BUITENLANDSE BELETSELEN**

**214.** We suggereerden reeds om buitenlandse huwelijksbeletselen die strenger zijn dan hun Belgische tegenhangers of die onbekend zijn naar Belgisch recht en de openbare orde niet schenden, toe te passen als louter verbiedend beletsel. Is een huwelijk reeds aangegaan in strijd met het beletsel, in België of in het buitenland, dan menen we dat de geldigheid van het huwelijk niet in het gedrang hoeft te komen. Ook bij aangetoonde *fraude à la loi* menen we dat het niet is aangewezen om op te treden tegen de verworven situatie en dat het risico op een hinkend huwelijk eenvoudig bij de partners kan worden gelegd<sup>564</sup>.

**215.** De toestemmingsvereiste, de voorgestelde leeftijdsgrens van 15 jaar in het kader van de strijd tegen kinderhuwelijken en het verbod om te huwen met een bloedverwant in de rechte lijn of in de tweede graad worden daarentegen ook in onze rechtsorde als dermate cruciaal ervaren, dat een overtreding ervan hun erkenning in België evenzeer in de weg staat als in het geval dat het huwelijk in België is aangegaan<sup>565</sup>.

### **F.2. HUWELIJKEN AANGEGAAN IN EXPLICIETE NAVOLGING VAN EEN DISCRIMINATOIR OF ONAANVAARDBAAR BELETSEL**

**216.** De meeste van de bovengenoemde buitenlandse huwelijksbeletselen en – verboden zonder equivalent naar Belgisch recht werden door ons beoordeeld als strijdig met de B.I.P.O.O. Slechts de oneigenlijke wachttermijn en het verbod om te huwen met zijn ontvoerder zolang de ontvoering voortduurt, ontsnapt aan deze kwalificatie.

**217.** Is een huwelijk evenwel gesloten met expliciete verwijzing naar de naleving van één van de genoemde beletselen, dan is het niettemin geldig. Dit volgt logischerwijze uit de stelling dat de betreffende beletselen worden genegeerd.

Toont iemand aan dat zijn huidige huwelijk slechts tweede keuze was en volgde op een voorafgaande weigering van de bevoegde instanties om hem te laten

<sup>564</sup> Zie o.m. L. PALSSON (1981), 48 en 278, m.b.t. de huidige praktijk in de meeste Staten om *fraude à la loi* door de vingers te zien. Zie anderzijds vandaag nog steeds o.m. art. 190-1 Franse C.C. dat expliciet voorziet in een vorderingsrecht bij *fraude à la loi*, t.b.v. het O.M. en de echtgenoot te goeder trouw.

<sup>565</sup> We verwijzen terug naar art. 180 B.W. e.v. die een beperking stellen op de vernietigbaarheid van het huwelijk op bepaalde van voornoemde gronden.

huwen met de persoon van zijn eerste keuze, dan doet dit bewijs niets af aan de geldigheid van het bestaande huwelijk. Pas na een echtscheiding zal het gewenste huwelijk alsnog in België kunnen worden aangegaan.

### **F.3. HUWELIJKEN AANGEGAAN IN OVERTREDING VAN EEN DISCRIMINATOIR OF ONAANVAARDBAAR BELETSEL**

**218.** Ook als een huwelijk in het buitenland is aangegaan in overtreding van één van de genoemde huwelijksbeletselen, zal de BIPOO zich niet tegen een erkenning van het huwelijk verzetten. De beletselen schenden immers onze openbare orde. Het feit dat het huwelijk mogelijk met *fraude à la loi* in een ander land dan dat van herkomst is aangegaan, doet hieraan geen afbreuk. Het huwelijk is geldig zodra het door een bevoegde instantie is aangegaan in overeenstemming met respectabele grondvoorwaarden van de *lex patriae* en volgens de vormvoorwaarden van de wet die daartoe is aangewezen door de Staat van huwelijksluiting.

### **F.4. MOTIVERING VAN DE VOORGESTELDE BENADERING VAN BUITENLANDSE HUWELIJKSBELETSELEN DIE ONBEKEND ZIJN NAAR BELGISCH RECHT**

**219.** De BIPOO-exceptie komt naar ons voorstel slechts tussen als de situatie voldoende nauwe banden heeft met de Belgische rechtsorde. *In casu* is dat het geval als het huwelijk in België wordt gesloten.

**220.** Meerdere Belgische en buitenlandse rechterlijke en doctrinale standpunten getuigen van pragmatisme, maar negeren tegelijkertijd het I.P.R.-karakter van de situatie. Ze zijn erop gericht om de meest ongewenste en achterhaalde huwelijksbeletselen zonder meer buiten toepassing te laten. Dergelijke ongenueanceerde aanpak in situaties waarbij de openbare orde niet is geschonden, schaaft de doelstelling om internationale beslissingsharmonie te realiseren. Ze vormt hoogstens een – overigens twijfelachtige – stimulans voor de buitenlandse wetgever om de betreffende beletselen in zijn intern recht af te schaffen<sup>566</sup>.

**221.** De omgekeerde aanpak, die erin bestaat om buitenlandse huwelijksbeletselen haast zonder controle toe te passen, is volgens bepaalde auteurs vaak ingegeven door onzuivere doelstellingen. Het argument van eerbied

<sup>566</sup> Voor een oproep tot de buitenlandse wetgever om de beletselen af te schaffen, op grond van de overweging dat het beletsel toch al overwegend op de exceptie van openbare orde stuit in het buitenland: o.m. Paris 17 november 1922, *D.* 1923, 59; Paris 9 juni 1955, *D.* 1996, Somm. 171 (buitentoepeating-verklaring van het beletsel voor een moslimse om te huwen met een niet-moslim); Paris 7 juni 1996, *D.* 1996, I.R. 172; S.A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, "Le droit de la famille dans le monde arabe: constants et défis", in M.C. FOLETS (1996), 164-167 en 178-183; D. EL ALAMI en D. HINCHCLIFFE, *Islamic marriage and divorce laws of the Arab world*, Cimel book series nr. 2, London, Kluwer Law International, 1996, 5-10; L. ESPOSITO, *Women in muslim family law*, New York, Syracuse University Press, 1982, 13-24.

voor buitenlandse huwelijksbeletselen zou soms louter dienen om verblijfspolitieke doelstellingen te verhullen en helemaal niet zijn ingegeven door de zorg om hinkende rechtsverhoudingen te vermijden<sup>567</sup>.

**222.** Een middenweg lijkt ons aangewezen. Daarbij zouden buitenlandse nietigheidsgronden alvast minder worden toegepast, aangezien ze zouden worden 'gedevalueerd' tot verbiedende beletselen. Deze optie lijkt ons niet alleen principieel gerechtvaardigd, uit *favor matrimonii* (cf. *supra*), maar tevens met het oog op de praktische gevolgen. We stellen vast dat de betreffende beletselen in toepassing van de *lex patriae* internrechtelijk vaak slechts verbiedende beletselen zijn of dat de nietigheid, die overigens vaak slechts *ex nunc* werkt<sup>568</sup>, na korte tijd gedekt kan worden<sup>569</sup>.

Bovendien worden de vereisten in de betrokken rechtssystemen weliswaar strikt toegepast, maar wordt een ontduiking ervan, bv. door huwelijk in het buitenland, vaak door de vingers gezien. Ofwel wordt de vereiste niet voldoende belangrijk geacht om er een vordering over in te stellen<sup>570</sup>, ofwel beslist de rechter dat het personele recht slechts *a priori* sanctioneert, m.a.w. dat het slechts een verbiedend beletsel betreft<sup>571</sup>. In de internationale rechtssfeer wordt er m.a.w.

<sup>567</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (2000), 1252.

<sup>568</sup> Meerdere rechtssystemen kennen de nietigheid *ex tunc* van een huwelijk niet of nauwelijks, ook niet als het een schijnhuwelijk betreft: o.m. Bosnië-Herzegovina, Bulgarije, Kroatië en Servië. Nietigheid *ex tunc* is wél gekend naar Russisch, Slovaaks en Tsjechisch recht, systemen die als een gevolg daarvan rekening houden met de echtgenoot te goeder trouw: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 70 en 32. Art. 97 Panamese familiewet beschouwt een huwelijk dat is aangegaan in strijd met een huwelijksbeletsel als geldig, maar laat niet toe dat het erfrechtelijke gevolgen of voordelen op het vlak van schenkingen ressorteert. De Poolse, Russische, Tsjechische en Slovaakse familiewet stellen een nietigheid *ex tunc* in, maar verlenen de persoon van wie de partner te kwader trouw was recht op bijstand, op de eigendom die is verworven tijdens het huwelijk en op het behoud van de familienaam van de partner. In Ex-Joegoslavië kan ook de partner te kwade trouw de huwelijkse naam behouden en ontstaat een recht op bijstand bij goede trouw. In Kroatië en Bosnië-Herzegovina geldt dezelfde regel, mits de uitwerking ervan geen onrecht zou doen aan de andere partner.

Wordt het huwelijk in het land van herkomst nietigverklaard, dan heeft het alsnog evenveel definitieve rechtsgevolgen als een huwelijk na echtscheiding. Polen en de meeste Staten van het voormalige Joegoslavië sanctioneren bedrog, dwang of dwaling niet: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 72. Slechts als de wilsuiting kennelijk inconsistent is, als het huwelijk is aangegaan zonder persoonlijke verschijning of vertegenwoordiging bij volmacht van beide echtgenoten, is het huwelijk nietig. Tsjechië en Slovaakse sanctioneren een huwelijk dat is aangegaan onder de leeftijd van zestien jaar met een absolute nietigheid, die niet gedekt kan worden. Het voordeel van een putatief huwelijk wordt er niet verleend, ook niet t.b.v. eventuele kinderen: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 73.

<sup>569</sup> Cf. *supra*. Zie bv. art. 98 Ecuadoriaanse familiewet: dekking van de nietigheid na twee jaar, tenzij het verbod van polygamie of van een huwelijk met bloedverwanten in de rechte lijn is overtreden.

<sup>570</sup> O.m. in Duitsland en Zweden: L. PALSSON (1981).

<sup>571</sup> O.m. in België, Nederland en Duitsland: L. PALSSON (1981). Zie bv. Brussel 16 december 1959, *J.T.* 1960, 296. *In casu* betrof het het verbod om binnen de drie jaar na een echtscheiding met onderlinge toestemming opnieuw te huwen; Rb. Brussel 16 december 1967, *J.T.* 1970, 68. *In casu* betrof het het verbod om binnen een termijn van drie jaar te huwen met de persoon met wie de betrokkene overspel had gepleegd. De rechter besloot in beide gevallen dat het prohibatieve beletsel op zich niet aan de grondslag kan liggen van een nietigverklaring.

nog soepeler mee omgegaan.

In het licht van deze soepele omgang bepleiten we tevens dat de Belgische burgerlijke rechter zich bevoegd zou verklaren om dispensatie te verlenen als de personele wet van de betrokkene daarin voorziet, ook als het verzoek daartoe betrekking heeft op een vereiste die niet bestaat naar Belgisch recht. De huidige eis van bepaalde ambtenaren<sup>572</sup> om een dispensatie door de bevoegde autoriteit van het land van herkomst voor te leggen, is o.i. disproportioneel.

## **F.5. MOTIVERING VAN DE VOORGESTELDE BENADERING VAN BELGISCHE HUWELIJKSBELETSELEN VAN OPENBARE ORDE DIE ONBEKEND ZIJN OF MINDER STRIKT WORDEN TOEGEPAST NAAR BUITENLANDS RECHT**

**223.** Is een huwelijksbeletsel evenwel van Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde, dan zal de Belgische rechter het strenger toepassen dan vereist wordt door de *lex patriae* van de betrokkene. Niet alle rechtsordes treden naar onze normen voldoende adequaat op tegen beletselen van openbare orde, zoals het verbod van polygamie<sup>573</sup>, verwantschapsbeletselen van openbare orde<sup>574</sup>, het verbod van kinderhuwelijk<sup>575</sup>. De familiewetten van Bosnië-Herzegovina, Bulgarije, Kroatië en Servië kennen bv. de nietigheid *ex tunc* van een huwelijk niet of nauwelijks, ook niet als het een schijnhuwelijk betreft. In dat laatste geval zal de Belgische I.P.R.-rechter art. 146*bis* B.W. *j°* art. 184 B.W. laten spelen en het huwelijk op grond van die bepaling nietigverklaren *ex tunc*. De Panamese familiewet beschouwt een huwelijk dat is aangegaan in strijd met een huwelijksbeletsel als geldig, en beperkt zich ertoe te verhinderen dat het erfrechtelijke gevolgen of voordelen op het vlak van schenkingen ressorteert. Betreft het een beletsel van

<sup>572</sup> We werden hiervan op de hoogte gesteld n.a.v. een persoonlijke bevraging.

<sup>573</sup> Dit huwelijksbeletsel is niet wettelijk bepaald in de familiewet van China, Cuba, Hongarije en Roemenië, maar wel in die van volgende voormalige socialistische rechtsordes: Albanië, Bulgarije, Cuba, Tsjechië, Hongarije, Polen, Roemenië, Rusland, Servië en Slovakije. Is het eerste huwelijk inmiddels ontbonden of vernietigd, dan is er voor die rechtsordes geen sprake meer van bigamie. Het Poolse recht voorziet evenwel in een vernietiging van het tweede huwelijk, als het eerste slechts is ontbonden door de dood van de schuldige aan bigamie. Het tweede huwelijk is weliswaar eveneens door die dood ontbonden, maar wordt daarnaast ook nog eens nietigverklaard.

<sup>574</sup> In twee Staten van het voormalige Joegoslavië is ook het bloedverwantschapsbeletsel in de rechte lijn dispenseerbaar. De rechtbank kan weigeren een huwelijk tussen neven en nichten te annuleren wanneer dat niet tegen de heersende opvattingen ingaat of wanneer ernstige redenen het rechtvaardigen. In het grootste deel van het voormalige Joegoslavië is een huwelijk tussen een gewone adoptant en zijn geadopteerde niet vernietigbaar. Servië vormt een uitzondering.

<sup>575</sup> O.m. in de Staten van het voormalige Joegoslavië, behalve Kroatië, Macedonië en Bosnië-Herzegovina. In Polen en Bulgarije kan het O.M. de nietigverklaring niet vorderen. Enkel in Rusland, Hongarije, Tsjechië en Slovakije kan het O.M. tussenkomen. Een nietigverklaring kan in o.m. Cuba, Tsjechië, Polen, Roemenië, Slovakije, Montenegro, Slovenië en Macedonië niet langer worden gevorderd als de partners beiden meerderjarig zijn. Hetzelfde geldt als de vrouw zwanger is op het ogenblik van de huwelijksluiting, in o.m. Bulgarije, Cuba, Tsjechië, Roemenië, Slovakije en Polen. Hetzelfde geldt naar Bulgaars en Roemeens recht als de vrouw bevallen is alvorens de vordering tot nietigverklaring is ingesteld.

openbare orde, dan zal de I.P.R.-rechter ook hier de Belgische nietigheidsbepalingen laten spelen.

**224.** Bepaalde buitenlandse wetten kennen de rechtsfiguur van de nietigverklaring niet omdat het huwelijk bij overtreding van een vereiste zonder meer als onbestaand wordt beschouwd<sup>576</sup>. In dat geval wordt het huwelijk o.i. best nietigverklaard als het is aangegaan in strijd met een huwelijksbeletsel van openbare orde.

Soms stelt het buitenlandse recht strengere beperkingen op het vorderingsrecht, bv. in Polen door dat recht te beperken tot personen die er een wettig belang bij hebben. Ingevolge dergelijke beperking kunnen de gehuwden zelf soms niet optreden tegen de onwettigheid van hun huwelijk. Ook het openbaar ministerie wordt soms elk recht op optreden ontzegd. Buitenlandse beletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht zullen bijgevolg ook in België, in toepassing van het buitenlandse recht, minder streng kunnen worden toegepast. Wordt het beletsel in België evenwel beschouwd als een beletsel van openbare orde, dan zal het aantal titularissen van een vorderingsrecht, in toepassing van Belgisch recht, worden uitgebreid.

## **F.6. HET ONTWERP VAN I.P.R.-CODEX HOUDT VAST AAN DE HUIDIGE AANKNOPINGSTECHNIEK**

**225.** De Belgische Raad van State heeft n.a.v. zijn advies bij het ontwerp van I.P.R.-codex gesuggereerd om de aandacht te verleggen van de geschiktheid om te huwen naar het hele wezen van het voorgenomen huwelijk en om voor die laatste beoordeling een gemeenschappelijke wet aan te duiden die het wezen uitdrukt van de huwelijksband voor beide betrokkenen<sup>577</sup>. M.b.t. huwelijken die

<sup>576</sup> O.m. Bosnië-Herzegovina, Kroatië, Albanië, Rusland en Polen blijven de notie toepassen. Tsjechië en Slowakije kennen één enkel geval van niet-bestaand huwelijk: het huwelijk onder 16 jaar (§ 13, par. 3). In Rusland wordt niettemin opgetreden door de rechter. Deze verklaart het huwelijk alsnog nietig, ook al is hij daar niet wettelijk bevoegd voor verklaard. Het familierecht van het voormalige Joegoslavië beschouwt het huwelijk van twee personen van hetzelfde geslacht als onbestaand. Servië en Montenegro verwierpen sinds hun onafhankelijkheid de categorie van niet-bestaande huwelijken. Slovenië en Macedonië deden dat niet, maar sanctioneren de betreffende gebrekkige huwelijken niet langer. Ze blijven m.a.w. voortbestaan: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 26. Ook met dergelijke aanpak kan o.i. niet worden ingestemd in het licht van de BIPOO.

<sup>577</sup> Advies nr. 29.210/2, 202. We kunnen de redenering van de opsteller van het Advies evenwel niet goed volgen. Zijn voorstel zou enerzijds moeten voorkomen dat een huwelijk onmogelijk wordt gemaakt omdat het huwelijksbeletsel in hoofde van één van de partners bilateraal wordt toegepast, en anderzijds dat een nationale wet een huwelijk geldig zou bevinden, terwijl de nationale wet van één van de partners het verbiedt. Beide doelstellingen staan o.i. lijnrecht tegenover elkaar. De eerste doelstelling werd overigens geïllustreerd a.h.v. het voorbeeld van een huwelijk tussen oom en nicht. Dit beletsel geldt ook naar Belgisch recht. De adviesopsteller lijkt evenwel te menen dat er overheen gestapt moet kunnen worden als de *lex patriae* van één van de partners en de wet die het nauwst bij de huwelijksbeleving aansluiten dergelijk huwelijk wél toelaten. De tweede doelstelling kan zo nooit bereikt worden. Vermoedelijk bestaat het tegenvoorstel van de Raad van State erin dat conflicten tussen de nationale wetten uit de weg worden gegaan door zowel voor het ontstaan van het huwelijk als voor de gevolgen ervan aan te

een nauwe band vertonen met de Belgische rechtsorde zou in toepassing van dat voorstel worden aangeknoopt bij de Belgische wet en zou de problematiek van de genoemde beletselen definitief uit de weg worden gegaan. Een gelijkaardig voorstel zit, zoals gezegd, vervat in ons voorstel om aan te knopen bij de wet van de stabiele Verblijfsstaat.

Het ontwerp van I.P.R.-codex beoogt evenwel bij bilaterale beletselen steeds de strengste wet toe te passen, tenzij die ingaat tegen de openbare orde. Onder dat voorstel zou systematisch aangeknoopt moeten blijven worden bij de buitenlandse wet en diens huwelijksbeletselen en zou de BIPOO-exceptie telkenmale in werking moeten worden gesteld.

## F.7. DE E.U. EN DE OMGANG MET HUWELIJKSBELETSELEN VAN ANDERE E.U.-LIDSTATEN

**226.** De I.P.R.-rechter is niet alleen gebonden door internationale rechtspraak en verdragen. Met de Brussel-II-Verordening<sup>578</sup> heeft de E.U. voor het eerst erkenningsregels bepaald, vanuit de vaststelling dat de niet-erkenning van een huwelijk in een Lidstaat het vrij verkeer kan belemmeren en dat het daarom was aangewezen om richtlijnen uit te vaardigen<sup>579</sup>. De Brussel-II-Verordening heeft, zoals gezegd, o.m. betrekking op burgerlijke rechtsvorderingen tot echtscheiding, tot scheiding van tafel en bed en tot nietigverklaring van het huwelijk, en op hun erkenning in een andere Lidstaat.

**227.** De Verordening stelt een eind aan de lijdzame rol die de E.U. zich voorheen in dit verband toeschreef<sup>580</sup>. De regeling wordt gekenmerkt door ruime bevoegdheidsregels en bijgevolg door zowel *favor divortii* als *favor recognitionis*. Art. 18 bepaalt dat in geval van wetsconflict de erkenning niet kan worden geweigerd op de loutere grond dat de rechtsorde die om erkenning wordt verzocht de betreffende echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring van het huwelijk niet toelaat op de aangevoerde gronden.

Een erkenning kan slechts worden geweigerd bij manifeste inbreuk op de

---

knopen bij één enkele wet, m.n. de wet waarmee de partnerrelatie de nauwste aanknopingen heeft, de gemeenschappelijke nationale wet of de wet van de gemeenschappelijke verblijfplaats.

<sup>578</sup> Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, *PB. L.* 160, 19. De Verord. vervangt het Brussel II-Verdrag van 28 mei 1998, *PB. C.* nr. 221 van 16 juli 1998. Hierover o.m. H. GAUDEMET-TALLON, "Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: 'Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs'", *J.D.I.* 2001, 381.

<sup>579</sup> Hierover o.m. V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een twee-sporenbeleid", *Nemesis* (ndl.) 2002, 75-88.

<sup>580</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie. Hoog tijd!", *N.J.B.* 2001, 205; V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een twee-sporenbeleid", *Nemesis* 2002, 77; A. WEYEMBERGH, "Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial", *Rev. dr. étr.* 2000, 6-19.

openbare orde<sup>581</sup>, of in geval de inleidende akte (dagvaarding bv.) niet betekend of ter kennis is gebracht van de verdediging 'en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense'. Deze laatste weigeringsgrond wordt alsnog uitgesloten als zou blijken dat de verdediging de beslissing ondubbelzinnig heeft aanvaard. Een weigering is voorts aanvaardbaar als de beslissing onverenigbaar zou zijn met een uitspraak in de aangesproken rechtsorde of met een eerdere uitspraak in een andere Verdragsstaat of in een derde Staat, als die beslissing voldoet aan alle erkenningsvoorwaarden.

In beginsel worden buitenlandse nietigheidsgronden m.a.w. toegepast in België en worden buitenlandse nietigverklaringen hier erkend. Slechts de openbare orde of een grove schending van de rechten van de verdediging rechtvaardigen een afwijking van dit beginsel.

**228.** Nu het oorspronkelijke Brussel II-Verdrag is omgezet in een Verordening, zijn reserves en verklaringen niet langer mogelijk<sup>582</sup>. Het Hof van Justitie is van rechtswege bevoegd om de verdragsbepalingen te interpreteren. De Verordening vormt m.a.w. slechts een eerste aanzet tot meer duidelijkheid inzake de omgang met nietigheids- en echtscheidingsgronden. Het Hof zal vermoedelijk de nodige inspanningen leveren om de eenvormigheid en rechtszekerheid bijkomend te bevorderen.

**229.** Om kort terug te komen op de situatie van derdelanders: we gaven reeds aan dat een optie erin kan bestaan om de partners de keuze te laten, nadat ze zijn gewezen op het risico van een hinkend huwelijk. We haalden reeds aan dat de Nederlandse I.P.R.-wetgever dat heeft gedaan m.b.t. het homo-huwelijk en dat de Franse en Duitse rechter zich ertoe beperken de vreemdeling te wijzen op het risico van een hinkende rechtssituatie als hij bij het instellen van zijn vordering niet verwijst naar het I.P.R.-karakter ervan<sup>583</sup>. V. VAN DEN EECKHOUT<sup>584</sup> bepleit hetzelfde onder het terechte voorbehoud dat de wens van de partners geen betrekking heeft op een maatschappelijk onaanvaardbaar instituut en geen strafbaar feit uitmaakt. Als er mensenrechten in het geding zijn, moeten die primeren op de strijd tegen hinkende rechtssituaties. Daarbuiten kunnen de betrokkenen aan risico-aanvaarding doen.

Aansluitend bij de recente versoepelingen in het erkenningsrecht en naar analogie van bovenstaand voorstel, zou ook t.a.v. EU-onderdanen die in België verzoeken om een echtscheiding of nietigverklaring van hun huwelijk kunnen worden voorgesteld om ze de keuze en bijgevolg ook het risico te laten. Dergelijk voorstel is verenigbaar met de bepalingen van de Brussel II-Verordening.

<sup>581</sup> Art. 15 Verord.

<sup>582</sup> Zie ook H. GAUDEMET-TALLON, *l.c.*, 426.

<sup>583</sup> *Cf. supra*, deel 2B, randnrs 71 en 115 *in fine*.

<sup>584</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 299.





## HOOFDSTUK 5. TWEE IMPLICIETE VEREISTEN: DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS NOG IN LEVEN ZIJN EN DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS VAN EEN VERSCHILLEND GESLACHT ZIJN

### A. INLEIDING

1. Het Belgische huwelijksrecht stelt naast de hierboven aangehaalde vereisten tevens een impliciete grondvereiste aan huwelijkskandidaten: ze moeten nog in leven zijn.
2. De vroegere tweede impliciete grondvereiste, m.n. dat de partners van een verschillend geslacht zijn, is bij wet van 30 januari 2003 verlaten<sup>1</sup>. Logischerwijze zou hierdoor ook niet langer t.a.v. transseksuelen een verbod om te huwen met een persoon van juridisch gelijk maar psychologisch (en ev. ook biologisch<sup>2</sup>) verschillend geslacht mogen bestaan<sup>3</sup>. Het is immers niet langer nodig om een wijziging van de geslachtsaanduiding te verkrijgen, alvorens men kan huwen.
3. Omdat inzake homohuwelijken evenwel (nog) geen specifieke I.P.R.-regeling

<sup>1</sup> Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, B.S. 28 februari 2003. De mogelijkheid voor homoseksuelen om te huwen verandert niets aan het huidige voorbehoud van de regeling inzake afstamming en adoptie voor heteroseksuele koppels. Het nieuwe art. 143 dat expliciet aangeeft dat een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van hetzelfde geslacht bepaalt in een tweede lid dat art. 315 B.W. niet van toepassing is op homokoppels. Ook wordt in art. 345, 346, 361 en 368 B.W. de toevoeging ingelast dat de echtgenoot van verschillend geslacht moet zijn. Het afstammingsrecht blijft ongewijzigd verwijzen naar de vader en de moeder. In art. 319bis en 322 wordt evenwel de inlichtingsplicht t.a.v. de echtgenoot van een man die een kind erkent bij een vrouw met wie hij niet is gehuwd, verruimt tot elke hypothese van huwelijk, m.a.w. ook tot de hypothese dat de 'bedrogen' echtgenoot van hetzelfde geslacht is.

<sup>2</sup> Juridisch is de vraag of het geslacht al dan niet biologisch verschillend is, verbonden met de voorwaarde dat een geslachtswijzigende operatie heeft plaatsgevonden en dat hiervan burgerrechtelijk de gevolgen zijn erkend.

<sup>3</sup> Het valt te verwachten dat de huidige rechtspraak inzake transseksuelen en het recht om te huwen en gehuwd te blijven na een geslachtswijzigende operatie en burgerrechtelijke verandering van het geslacht (nieuwe) aanpassingen zal ondergaan. Voor een overzicht van recente evoluties binnen de rechtspraak in dit verband: K. UYTTERHOEVEN, *De staat van de transseksuele persoon: rechtsvergelijkende analyse en proeve van oplossing naar Belgisch recht*, K.U. Leuven, doct., 2000, 3 v.; D. VAN GRUNDERBEECK, *Grondbeginselen van een Europees personen- en familierecht geformuleerd vanuit het perspectief van de mensenrechten*, K.U. Leuven, doct., 2002, 3 v.; P. SENAËVE, "Beschouwingen rondom huwelijk, homoseksualiteit en institutionalisering van tweerelaties op de drempel van de 21ste eeuw", in X., *Mens en recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraak. Liber Amicorum J.M. Broekman*, Leuven, Peeters, 1997, 313-327; P. SENAËVE, "Liberalisering van de echtscheiding en institutionalisering van de homofiele tweerelatie op de drempel van de 21ste eeuw", in X., *Liber amicorum Roger Dillemans*, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 251-259. Over Europese rechtspraak in dit verband: F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des Droits de L'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 48-82.

is getroffen en omdat de vereiste dat beide partners van een verschillend geslacht zijn nog in alle rechtsordes behalve in Nederland<sup>4</sup> en België geldt als impliciete vereiste, bespreken we de omgang met een buitenlands verbod op homohuwelijk eveneens in dit hoofdstuk.

## **B. DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS NOG IN LEVEN ZIJN**

4. De vereiste dat beide partners nog in leven zijn zit impliciet vervat in de vereisten van een persoonlijke huwelijkstoestemming en een persoonlijke verschijning ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand op het ogenblik van de huwelijksvoltrekking<sup>5</sup>. We verwijzen voor een uitdieping van de vereiste naar onze bespreking van de toestemmingsvereiste, waarbij we het onderscheid maakten met o.m. het Franse recht dat een postume huwelijkssluiting in bijzondere omstandigheden toelaat<sup>6</sup>.

## **C. DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS VAN EEN BEPAALD EN VERSCHILLEND GESLACHT ZIJN**

### **C.1. EEN VERBOD NAAR BUITENLANDS RECHT OP HOMOHUWELIJK SCHENDT ONZE B.I.P.O.O. NIET**

#### **C.1.A. DE BELGISCHE WET OP HET HOMOHUWELIJK BIEDT GEEN GRONDSLAG OM EEN VERBOD OP HOMOHUWELIJK ALS DISCRIMINATOIR TE BEOORDELEN**

5. Sinds de wet van 30 januari 2003 staat het huwelijk in België open voor personen van hetzelfde geslacht<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Afschaffing van de vereiste in art. 30, eerste boek N.B.W. bij wet van 21 december 2000 tot wijziging van boek I van het Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht, *Stb.* 2001, nr. 9. Over de vragen die vooraf gingen aan de invoering van de wet: K. BOELE-WOELKI, "De prijs van het homo-huwelijk", *F.J.R.* (Ndl.) 1999, 113; K. DE HOOG, "Verdwijnt het 'traditionele' gezin in Nederland?", *F.J.R.* 1999, 209; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Het Nederlandse huwelijk en het Koninkrijk", *N.J.B.* 2001, 807 (stelt terecht dat het "homohuwelijk" niet bestaat: alles is één en hetzelfde huwelijk). Andere auteurs uiten hun twijfels bij de uitbreiding van de Nederlandse regeling tot de Antillen en Aruba. Partnerschapsregistratie is daar niet mogelijk, omdat het niet kan worden opgenomen in de basisadministratie persoonsgegevens. Is het dan niet vreemd te stellen dat een homohuwelijk wel mogelijk zou zijn omdat het onder de notie 'huwelijk' valt, stellen deze auteurs: K. WAALDIJK, "De voorgestelde Wet openstelling huwelijk", *F.J.R.* 1999, 198-208; A. WILLEMS, "Het homo-huwelijk: een te hoge prijs?", *F.J.R.* 1999, 217.

<sup>5</sup> Art. 146, 166, 180 en 191 B.W.

<sup>6</sup> Cf. *supra*, deel 3A, hoofdstuk 2, randnr. 176 e.v.

<sup>7</sup> Voor de wetshistoriek: Akkoord federale Ministerraad met voorontwerp van wet van 22 juni 2001; Ontwerp van wet van 14 maart 2002 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het burgerlijk wetboek, *Parl. St. Kamer* 2001-2002, nr. 1692/1; negatief advies Raad van State, nr. 32.008/2, aangehecht aan het hiervoor genoemde stuk; Ontwerp van wet van 28 mei 2002 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Kamer* 2002-2003, nr. 2165; wet van 13 februari 2003, *B.S.* 28 februari 2003; P. BORGHS, "De openstelling van het burgerlijk huwelijk voor partners van hetzelfde geslacht", *Nieuwsbrief Liga voor Mensenrechten* september 2001, 2-10. Zie ook voor buitenlandse

6. In alle buitenlandse rechtsordes behalve de Nederlandse blijft tot op vandaag impliciet een verbod op homohuwelijk voortbestaan. De ontstentenis van een uitdrukkelijke opname van de vereiste van een geslachtsverschil in de meeste wetgevingen die het verbod tot op vandaag handhaven vindt vermoedelijk haar verklaring in het feit dat de vereiste ten tijde van de opstelling van de betreffende familiewetten dusdanig werd beschouwd ingebed te zijn in het huwelijksbegrip, dat de wetgever er niet aan heeft gedacht om haar te expliciteren<sup>8</sup>. Deze situatie blijft tot op vandaag binnen de meeste Europese rechtsstelsels voortbestaan<sup>9</sup>.

7. De nieuwe Belgische regeling is aangenomen vanuit de doelstelling om het recht aan te passen aan nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen. Bij de stemming ervan zijn evenwel geen uitspraken gedaan in die zin dat een verbod op homohuwelijk het gelijkheidsbeginsel of het recht om te huwen zou schenden. Het is m.a.w. weinig waarschijnlijk dat een Belgische rechter een buitenlands verbod op homohuwelijk strijdig zou verklaren met de openbare orde, wegens discriminatoir<sup>10</sup>.

---

voorstanders van het homohuwelijk: verwijzing D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 14, naar Amerikaanse auteurs; R. FRANK, "Individualisme et droit de la famille", *Ann. Dr. Louv.* 1999, 175-183: de evolutie naar gelijke rechten voor homoseksuelen zou kaderen binnen de huidige individualiseringstendens van het recht.

*Contra*: Voorstel van wet tot aanvulling van het burgerlijk wetboek door de opnemings van het geslachtsverschil als huwelijksnorm, *Parl. St. Senaat* 1999-2000, nr. 2-44/1, 7 september 1999: voorstel om de vereiste op te nemen in art. 149 B.W. Het geslacht, zoals het opgetekend staat in de geboorteakte, zou doorslaggevend zijn; P. SENAËVE, "Naar de invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht?", *E.J.* 2002, 51: twee objectief verschillende situaties (criterium is daarbij de voorplanting) worden best door een verschillende instelling geregeld. Daarnaast roept Senaëve o.m. het argument van de internationale harmonie in. Hij stelt voor een voorbeeld te nemen aan de Scandinavische parallelinstelling van het geregistreerde partnerschap.

J.-L. RENCHON, *J.T.* 2002, 505-514: de uitsluiting van afstammingsrechtelijke gevolgen bij het geplande homohuwelijk (buitentoepassingverklaring van het vaderschapsvermoeden) vormt een juridisch argument om in een geregistreerd partnerschap en niet in een homohuwelijk te voorzien. Het zou hoedanook slechts een "semi-mariage" zijn (reactie hierop: F. SANT'ANGELO, "Les homosexuels et le mariage: une réponse à l'article de Jean-Louis Renchon dans le Journal des tribunaux du 29 juin 2002", *J. dr. jeun.* oktober 2002, 3: gezien de loskoppeling van het huwelijk en de afstamming is het net eenvoudiger om de invoering van een homohuwelijk te overwegen. Ook de scheiding van het kerkelijk en het statelijk huwelijk geeft aan dat er geen reden meer is om uit traditie het huwelijk te blijven voorbehouden aan hetero's).

<sup>8</sup> Zie bv. voor het vroegere verbod naar Belgisch recht: bij zijn optekening in 1844 van de werkzaamheden van de eerste constituanten m.b.t. art. 21 G.W. heeft J. THONISSEN (*La constitution belge annotée*) er blijk van gegeven louter te denken aan geslachtsgemengde huwelijken, stelt R. SENELLE, "Samenlevingscontracten strijdig met grondwet" (opiniestuk), *De Standaard* 2 mei 1996.

<sup>9</sup> Cf. *infra*, randnrs 11 e.v., rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten. Zie ook de optie van de Scandinavische Staten en recent ook Duitsland om voor homoseksuelen een statuut in te stellen met gelijkaardige rechtsgevolgen als het huwelijk, maar met een andere juridische benaming.

<sup>10</sup> Meer nog, de Belgische Raad van State liet zich in zijn advies bij het wetsontwerp negatief uit over de invoering van een homohuwelijk en pleitte voor een afzonderlijke terminologie, omdat de partnerrelatie wezenlijk zou verschillen van het huwelijk tussen heteroseksuelen: R.v.St., advies nr. 32.008/2, aangehecht aan het wetsontwerp, *aangeh.* in noot 6.

8. Geen enkele bepaling van internationaal recht verplicht alvast tot een gelijke toegang voor homoseksuelen tot het huwelijk.

### **C.1.B. HET STILZWIJGEN VAN HET INTERNATIONALE RECHT M.B.T. HET HOMOSEKSUELE HUWELIJK: GEEN AANMOEDIGING, NOCH EEN ONTRADING**

#### **\* *Het internationale recht verleent homoseksuelen geen recht om te huwen***

9. Het internationale recht biedt geen recht op homohuwelijk, noch een impuls tot aanneming van dergelijk recht<sup>11</sup>.

#### **- Art. 12 E.V.R.M.**

10. *Geen recht om te huwen.* In art. 12 E.V.R.M. kan geen recht voor homoseksuelen om te huwen worden gelezen.

De wijze waarop het Hof voor de Mensenrechten omgaat met de huwelijksvereiste van een verschillend geslacht illustreert hoe het grenzen stelt aan zijn extensieve interpretatie van de verdragsbepalingen. Het Hof beperkt zijn uitspraken tot de beoordeling of een in het Verdrag opgenomen recht al dan niet is geschonden. Het Hof is bevoegd om de bepalingen van het E.V.R.M.; te interpreteren, waarmee het de grenzen van de bescherming mee help afbakenen. Het kan evenwel geen fundamenteel recht afleiden uit een bepaling, als het niet *ab initio* de bedoeling is geweest om dat recht in het Verdrag te beschermen. Ten tijde van de opstelling van het Verdrag werd nog niet gedacht aan de mogelijkheid van een homohuwelijk. Er is bijgevolg ook geen bescherming bepaald waarmee homoseksuelen een recht om te huwen zouden kunnen afdwingen.

11. Art. 12 E.V.R.M. leent zich overigens minder gemakkelijk dan art. 8 E.V.R.M. tot extensieve interpretatie<sup>12</sup>. In het licht van art. 8 E.V.R.M. staat de feitelijke gezinssituatie centraal. Een hechte band tussen personen die wordt veruitwendigd in regelmatig contact, volstaat (in vele hypothesen<sup>13</sup>), ongeacht zijn verschijningsvorm (al dan niet juridisch vorm gegeven), om te besluiten dat is voldaan aan de voorwaarden tot bescherming.

In het kader van art. 12 E.V.R.M. is integendeel vereist dat een aantal juridische elementen aanwezig zijn, opdat de bescherming zou kunnen gelden. Niet al deze elementen kunnen worden gestuurd door de partners. Bepaalde ervan worden door de nationale wetgever opgelegd, zo bv. de vereiste dat de betrokkenen van

<sup>11</sup> M.b.t. art. 12 E.V.R.M.: cf. *infra*. M.b.t. art. 23, tweede lid I.V.B.P.R.: M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl/Straatsburg/Arlington, N.P. ENGEL, 1993, 410. Wél is momenteel een vraag aanhangig bij het VN-Mensenrechtencomité: hierover D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 242.

<sup>12</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston, § 57.

<sup>13</sup> Zie evenwel het pleeggezin en het homoseksuele koppel, t.a.v. wie vooralsnog geen gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. wordt aangenomen, cf. *infra*, randnr. 14 en deel 3B, hoofdstuk 3, randnr. 28 en hoofdstuk 4, randnrs 34-35.

een bepaalde leeftijd en van een verschillend geslacht zijn<sup>14</sup>.

De notie 'huwelijk' in de zin van art. 12 E.V.R.M. moet volgens het Hof worden geïnterpreteerd volgens de Europese traditionele notie ter zake<sup>15</sup>. De Verdragsstaten kunnen het recht om te huwen overigens beperken mits het niet in zijn substantie wordt aangetast. Hieruit volgt de stelling van het Hof dat de juridische onmogelijkheid voor personen van eenzelfde geslacht om te huwen niet als een schending van het recht om te huwen kan worden beschouwd, noch t.a.v. homoseksuelen<sup>16</sup>, noch t.a.v. transseksuelen<sup>17</sup>. Evenmin kan uit art. 12

<sup>14</sup> Ook de mate waarin afwijkingen worden toegestaan, ligt volledig in handen van de wetgever (de dispensatie van de leeftijdsvereiste, de procedure tot verandering van geslacht en de mogelijkheid om vervolgens te huwen met een persoon die aanvankelijk van hetzelfde biologische en juridische geslacht was). Binnen hun afbakening is de Europese rechter wél al opgetreden met het oog op een correctie: cf. *infra*: het recht om zijn geslachtsaanduiding te doen veranderen en om vervolgens te huwen met een persoon die aanvankelijk van hetzelfde biologische en juridische geslacht was: Hof Mensenrechten, arrest-Goodwin t. V.K., Grote kamer, 11 juli 2002, nr. 28957/92, § 104; Hof Mensenrechten 11 juli 2002, arrest-I. t. V.K., nr. 25680/94, *onuitg.*, internet, § 84.

Niet alleen de concrete invulling van de criteria, maar ook de keuze om ze te hanteren, om er juridische waarde aan te verlenen, ligt volledig in handen van de wetgever (zie bv. H. WILLEKENS, "Noodzaak en grondslagen van een marxistische staats- en rechtstheorie", in A. HEYVAERT (ed.), *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 332, m.b.t. het geslachts criterium als louter maatschappelijke keuze. Willekens meent dat het algemeen belang dat de Staat nastreeft, louter bestaat in het realiseren van de "algemene bestaansvoorwaarden van de kapitalistische economie". Het betreft "(slechts) historische particulariteiten (dat verklaart zijn hanteren van het marxistisch model dat in tegenstelling tot de klassieke leer recht en Staat begrijpt in relatie tot (de geschiedenis van) andere sociale structuren en deze relatie kadert in de context van bovenhistorische, biologisch-ecologische eigenschappen), geen onbevraagbare evidenties, antropologische universalia of einddoelen van de geschiedenis". Zie ook A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 61 en 2000, nrs 156-165; A.L.G.A. STILLE, "Het personen- en familierecht in de eenentwintigste eeuw", *Burgerzaken en Recht* 1999, 114-116, voorspelt dat het juridische geslachtsdenken in de eenentwintigste eeuw definitief zal worden verlaten).

<sup>15</sup> Zie ook E.C.R.M., zaak-Hamer: «exclusieve band tussen man en vrouw». Het Hof voor de Mensenrechten ontkende impliciet dat sprake zou zijn van een schending in de zaken Rees en Cossey, de voormalige E.C.R.M. in de zaken Hamer t./ V.K., Draper t./ V.K., W. t./ V.K. In één zaak werd de voormalige Commissie expliciet uitgenodigd tot een uitspraak ter zake en oordeelde ze dat er geen sprake was van een schending van art. 12 E.V.R.M.: E.C.R.M. nr. 14573/89, zaak-Eriksson en Goldschmidt t. Zweden, 9 november 1989 (met een verwijzing naar het arrest-Rees).

<sup>16</sup> Zowel art. 12 E.V.R.M., art. 23 B.U.P.O. als art. 16 U.V.R.M. beschermen in hun huidige lezing slechts het recht van heteroseksuelen om te huwen. Nog geen enkele instantie sprak zich uit in die zin dat het recht op huwelijk ook op homoseksuelen van toepassing zou zijn. Cf. *supra*, voor impliciete en expliciete ontkenningen van een schending van art. 12 E.V.R.M. Vergelijk met Nederland: de Kortmann-commissie waagde zich aan de vraag, en beantwoordde ze indirect door te stellen dat het geregistreerd partnerschap een discriminatoire 'different but equal'-positie schept. Daarom wilde een meerderheid van 5 leden tegen 3 het huwelijk openstellen voor homoseksuelen, "wat zou bijdragen tot een afname van het gevoel van discriminatie dat wordt ervaren door homoseksuele partners". De afstamming vormt het enige punt dat een verschillende behandeling rechtvaardigt: Verslag Kortmann-Commissie Den Haag oktober 1997, NCR *Handelsblad* oktober 1997, 3.

Zie ook: M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, 34: het verschil in geslacht is geen

E.V.R.M. een positieve verplichting in hoofde van de Verdragsstaten worden afgeleid om een familierechtelijk statuut voor homoseksuele partners uit te werken<sup>18</sup>.

12. Zolang er geen gemeenschappelijke Europese noemer bestaat, een meerderheidsvisie pro homohuwelijken, zal het Hof zijn rechtspraak vermoedelijk niet herzien<sup>19</sup>. Een versoepeling van de regelgeving van slechts enkele Verdragsstaten volstaat niet om van een gemeenschappelijke noemer te spreken.

---

juridische constructie, maar een natuurlijk gegeven; S.F.M. WORTMANN, "Mensenrechten en het personen- en familierecht", *N.J.C.M.* 11, afl. 2, 128; J. DELVA, "Homohuwelijk en homoouderschap onder het kijkglas van de wetgever. Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel en aan het Kinderrechtenverdrag", *T.B.P.* 1998, 466: homo- en heteroseksuelen zijn geen vergelijkbare categorieën (verwijst naar de (ook door ons aangehaalde) artikelen uit het B.W. die duidelijk maken dat een huwelijk twee personen van verschillend geslacht betreft); P. SENAËVE, *I.c.*, 51. *Contra*: G. VAN DIJK EN P. VAN HOOFF, (1982), 489 en (1998), 605, noemen de vraag gerechtvaardigd of een dynamische interpretatie o.i.v. de gewijzigde opvattingen niet noodzakelijk is; H. WILLEKENS, "Toepasselijkheid en toepassing van het beginsel van de gelijkheid tussen man en vrouw in het afstammingsrecht", in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 362. Zie ook impliciet: Verslag Kortmann-Commissie, *aangeh.*

Het argument dat er wel degelijk voldoende punten van vergelijkbaarheid bestaan tussen beide relaties (wat ook uit een recent arrest van het Hof van Cassatie mag blijken: Cass. 17 december 1998, *T.B.B.R.* 1999, 245. Met dit arrest erkende het Hof van Cassatie voor het eerst dat overspel kan plaatsvinden met een persoon van hetzelfde geslacht), wordt vaak afgedaan met de stelling dat het huwelijk van meet af aan op voortplanting en regeling van de afstamming gericht is (voor een verwijzing naar vroegere Nederlandse uitspraken in deze zin: L. MULDER, "Te gelijk voor de wet: het 'homo-huwelijk' als heet hangijzer", *T.B.P.* 1991, 310). Ook een heteroseksueel huwelijk kan evenwel in de lezing van art. 12 E.V.R.M. gewild of ongewild kinderloos blijven ((E.C.R.M., zaak-Cossey t./ Verenigd Koninkrijk, 9 mei 1989, *D&R.* nr. 184, 49-50; J. DELVA, *I.c.*, 465-467). Het Hof voor de Mensenrechten heeft de stelling overigens recent met het arrest-Goodwin van 11 juli 2002 (<http://hudoc.echr.coe.int>) weerlegd, door te oordelen dat het recht om te huwen niet ondergeschikt is aan de mogelijkheid om een gezin te vormen

<sup>17</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Rees van 17 oktober 1986, *Publ. Cour eur. D. H.*, Serie A, nr. 106, §§ 49-51; Hof Mensenrechten, arrest-Cossey van 27 september 1990, *Publ. Cour eur. D. H.*, Serie A, nr. 184, §§ 43-48. De voormalige E.C.R.M. besloot daarentegen in de zaken-Van Oosterwijck en -Rees, in tegenstelling tot haar oordeel in de zaak-Cossey, wel tot een schending van art. 12 E.V.R.M.: E.C.R.M. nr. D 7654/76, zaak-Van Oosterwijck, 1 maart 1979; E.C.R.M. nr. D 9532/81, zaak-Rees, 12 december 1984 en E.C.R.M. nr. D 10843/84, zaak-Cossey, 9 mei 1989.

<sup>18</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 112 §§ 68-69.

<sup>19</sup> Hierover o.m. I. CANOR, "Equality for lesbians and gay men in the European Community Legal Order - 'they shall be male and female'?", *Maastricht Journal of International and Comparative Law* 2000, 273-301; G. COHEN-JONATHAN, "Respect for Private and Family Life", in R.S.J. MACDONALD e.a. (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer Academic Publishers, 1993, 417; O. DE SCHUTTER, "Homosexualité, Discours, Droit", *R.I.E.J.* 1993, afl. 30, 83-142; C. MEYER, "L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme", in D. BORRILLO (ed.), *Homosexualité et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 1998, 153-197; G. VAN BUEREN, "Crossing the frontier - The International Protection of Family Life in the 21st Century", in N. LOWE en G. DOUGLAS (eds), *Families across frontiers*, Kluwer Academy Publishers, 1996, 811-830.

Deze kan wél mettertijd ontstaan. Daartoe is overigens niet de consensus van *alle* Verdragsstaten vereist. Dit is recent gebleken met de evolutie van de rechtspraak inzake transseksuelen en art. 12 E.V.R.M.<sup>20</sup>.

**13.** Een recht om te huwen zou nog niet waarborgen dat aan het huwelijk rechtsgevolgen worden verleend. Ook áls het Hof zou besluiten tot een recht voor homoseksuelen om te huwen, zou het vermoedelijk volledig van de wil van de Verdragsstaten afhangen of aan dat recht al dan niet verdere gevolgen worden verbonden. De bescherming van art. 12 E.V.R.M. beperkt zich m.n. tot het *aangaan* van het huwelijk. Ze verplicht de Verdragsstaten er niet toe om een statuut te creëren dat de *gevolgen* van het huwelijk regelt<sup>21</sup>. Zonder de vrijwillige medewerking van de nationale wetgever is een effectief huwelijksstatuut voor homo's m.a.w. niet haalbaar.

**14.** Een recht om te huwen zou de oprechte homoseksuele tweerelatie wél definitief de kwalificatie verlenen van te beschermen gezinsleven. De erkenning door het Hof dat ook homoseksuelen het recht hebben om te huwen zou, zoals gezegd, niet kunnen verhinderen dat de Verdragsstaten het gezinsleven van twee onderling gehuwde homoseksuelen *juridisch* nauwelijks vorm zouden geven.

Wél impliceert een recht om te huwen een erkenning van de mogelijkheid dat feitelijk gezinsleven ontstaat tussen de betrokkenen. Ook al zouden de Verdragsstaten aan het homohuwelijk slechts een beperkt aantal directe rechtsgevolgen verbinden, een volwaardige bescherming van de homoseksuele tweerelatie in het licht van art. 8 E.V.R.M., als *feitelijk* gezinsleven, zou niet langer kunnen worden afgewezen<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Cf. *infra*, randnr. 22, over Hof Mensenrechten, arrest-Goodwin en arrest-I t. V.K..

<sup>21</sup> Zie ook: D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 245.

<sup>22</sup> Het Hof voor de Mensenrechten erkende vooralsnog slechts dat het privéleven van homoseksuelen geëerbiedigd dient te worden in het licht van art. 8 E.V.R.M. (E.C.R.M. nr. 6959/74, *Yearbook XIX* (76), 382; Hof Mensenrechten, arrest-Dudgeon van 22 oktober 1981, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 45; Hof Mensenrechten, arrest-Norris (t./ Ierland) van 26 oktober 1988, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 142; Hof Mensenrechten, arrest-Modinos (t./ Cyprus) van 22 april 1993, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 259). Over de bescherming van het gezinsleven van homoseksuelen in het licht van art. 8 E.V.R.M. deed het Hof nog geen uitspraak. Een uitspraak die enigszins in de buurt van dergelijke (negatieve) beoordeling lag, was evenwel: Hof Mensenrechten, arrest-Saucedo-Gomez t. Spanje, nr. 37784/97 van 19 januari 1998: verschillende behandeling van gehuwden en ongehuwde samenwonenden wat betreft de toewijzing van de gezinswoning na beëindiging van de relatie is gerechtvaardigd, omdat ze "poursuivent un but légitime et s'appuient sur une justification objective et raisonnable (protection de la famille traditionnelle) (...). Il n'appartient pas à la Cour de dicter ou d'indiquer aux Etats les mesures à prendre relativement à l'existence d'unions stables entre hommes et femmes, constitutifs d'une vie commune pleine mais qui ne s'insèrent pas dans le cadre juridique d'un mariage, la question relevant de leur marge d'appréciation qui ont le libre choix des moyens à employer pour autant qu'ils cadrent avec l'obligation de respecter la vie familiale".

De voormalige Commissie sprak zich wél expliciet uit in negatieve zin: E.C.R.M., zaak-X. en Y. t. V.K., D&R 1983, 220-221: "despite the modern evolution of attitudes towards homosexuality, the Commission finds that the applicant's relationship does not fall within the scope of right to respect for family life ensured by article 8"; E.C.R.M., zaak-S. t./ V.K., nr. 11.716/85, 14 mei 1986, D.R. nr. 47, 277; E.C.R.M., zaak-X. en Y. t./ V.K., nr. 14.753/89, 27 maart 1989; E.C.R.M. nr. 14.753/89 (Australische immigratiezaak), 27 februari 1989, *onuitg.* (weigering van vestigingsrecht

Deze erkenning van de homoseksuele tweerelatie als *gezinsleven* zou overigens losstaan van de vraag of het homoseksuele koppel al dan niet is gehuwd. Elke stabiele partnerrelatie zou bescherming moeten genieten als gezinsleven, aangezien het familierecht de betrokkenen in de mogelijkheid stelt om een familierelatie aan te gaan.

Tot op vandaag genieten homoseksuelen in het licht van art. 8 E.V.R.M. evenwel slechts bescherming van hun *privéleven*<sup>23</sup>. Het Hof beperkt zich in zijn uitspraken in dit verband overwegend tot een beoordeling op grond van art. 8 E.V.R.M. als alleenstaande bepaling, en niet in functie van het gelijkheidsbeginsel. Deze benadering bestendigt de kwalificatie van de homoseksuele tweerelatie als een louter seksuele relatie<sup>24</sup>.

Ze resulteert in terughoudendheid van het Hof voor wat betreft verblijfsaanspraken op grond van de relatie. Noch het E.V.R.M.<sup>25</sup> noch het E.U.-recht verlenen een homokoppel het recht om hun belang om samen te wonen beschermd te zien in samenhang met het verblijfsrecht van één van hen, ook niet in het licht van het recht op vrij verkeer.

**15. Meerdere wetgevers en/of overheden, waaronder ook de Belgische<sup>26</sup>, hebben**

---

op grond van gezinsleven); E.C.R.M. nr. 15.666/89, 19 mei 1992, zaak-Kerkhoven, A.M. Hinke en S. Hinke, *Rechtspraak Nemesis* 1992, 291 (weigering van gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag over een door K.I. bij één der lesbische partners verwekt kind; naast art. 8 werd ook art. 14 j° 8 E.V.R.M. ingeroepen); E.C.R.M., zaak-Roosli t. V.K., nr. 28.318/95, 15 mei 1996, *D.R.* nr. 85, 149-152. De voormalige Commissie onderkende in het te beschermen privéleven (en niet gezinsleven) van homoseksuelen een louter seksueel recht zonder enige affectieve of familiale dimensie. Dit had o.m. tot gevolg dat een homoseksuele vreemdeling art. 8 niet kon invoeren tegen een uitzettingsbeslissing (E.C.R.M. nr. 9369/81, zaak-X en Y t./ VK, 3 mei 1983, *Rec.* nr. 32, 220-224; E.C.R.M. nr. 12513/86, zaak-J en P t./ VK, 13 juli 1987, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 14753/89, zaak-CM en LM t./ VK 9 oktober 1989, *onuitg.*).

<sup>23</sup> Zie evenwel Hof Mensenrechten 11 september 2001, nr. 40016/98, zaak-Karner t. Oostenrijk, *onuitg.*: ontvankelijkverklaring van een nieuw (*cf. supra*, de afwijzing in het arrest-Saucedo-Gomez) verzoekschrift inzake huurrecht en de interpretatie die moet worden gegeven aan de notie 'levenspartner' daarin. We kunnen ons aan een uitspraak ten gronde verwachten over de vraag of gezinsleven mogelijk is tussen personen van eenzelfde geslacht, in het licht van de vraag of de overlevende partner bescherming van de gezinswoning kan genieten). Hierover o.m. R. WINTEMUTE, "Strasbourg to the rescue? Same-sex partners and partners under the European Convention", in R. WINTEMUTE en M. ANDENAES (eds), *Legal recognition of same-sex partnerships, a study of national, European and International law*, Oxford, Hart, 2001, 727.

<sup>24</sup> Zie ook E. SPIRY, "Homosexualité et droit international des droits de l'homme – vers une nouvelle donne en Europe?", *Rev. trim. D. H.* 1996, 63.

<sup>25</sup> O.m. E.C.R.M. nr. 9369/81, zaak-X en Y t. V.K. 3 mei 1983, *D&R* 32, 223 (uitwijzing uit V.K. ondanks homoseksuele relatie met Brits onderdaan; overigens geen schending van het recht op eerbiediging van het privéleven aangenomen omdat geen bewijs was geleverd dat de betrokkenen zich niet *elsewhere* konden vestigen en evenmin dat de band met het land van uitwijzing een essentieel element zou vormen van de relatie. Zie ook E.C.R.M. nr. 12513/86, zaak-W.J. en D.P. t. V.K., 13 juli 1987, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 14753/89, zaak-C.M. en L.M. t. V.K., 9 oktober 1989, *onuitg.* (uitzetting Australische vrouw met via KID verwekt kind); E.C.R.M. nr. 16106/90, zaak-B. t. V.K. van 10 februari 1990, *D&R* 64, 278 (uitwijzing Cyprioot naar Noord-Cyprus waar homoseksuele handelingen overigens nog steeds strafbaar zijn).

<sup>26</sup> Omzendbrief van 30 september 1997, *cf. supra*, deel 2C, randnr. 29 en *cf. infra*, deel 3B,



evenwel uit eigen beweging voorzien in een tegemoetkoming, door een systeem van gebonden machtigingen tot gezinshereniging in te stellen.

Door een regeling met het oog op *gezinshereniging* te treffen, erkennen deze Staten o.i. dat gezinsleven kan bestaan tussen homoseksuele partners. Uit deze impliciete erkenning kunnen vervolgens consequenties worden getrokken door het Hof voor de Mensenrechten. Zoals het Hof de Staten geen verplichting oplegt om een verblijfsregeling uit te werken, maar een bestaand verblijfsbeleid wél aan het E.V.R.M. kan toetsen, zo ook menen we dat de aanname dat de tijd (nog) niet rijp is voor een bescherming van de homoseksuele tweerelatie als gezinsleven, niet belet dat een bestaande bescherming op zijn pertinentie wordt beoordeeld. Stelt een Staat een regeling inzake gezinshereniging voor homoseksuelen in, dan dient hij ook m.b.t. andere aspecten aan te nemen dat gezinsleven tussen homoseksuelen mogelijk is.

16. Het Hof voor de Mensenrechten neemt dit tot op vandaag evenwel niet aan. Vooral nog wordt geoordeeld op loutere basis van de stand van zaken in de meeste Europese rechtsordes. Hierdoor kan mogelijk nog lange tijd worden aangenomen dat een onderzoek in het licht van art. 8 E.V.R.M. niet nodig is, aangezien de relatie niet de bescherming van art. 8 E.V.R.M. geniet. Verdere onderzoeken, m.n. de vraag naar de rechtvaardiging van een concrete verschillende behandeling, worden *a priori* van de hand gewezen.

We stellen ons de vraag of deze evaluatie kan gebeuren zonder rekening te houden met de concrete context waarin ze plaatsvindt.

Ook al bestaat er in dit verband nog geen Europese consensus<sup>27</sup>, Staten die een verblijfsrechtelijke regeling<sup>28</sup> of praktijk hanteren t.b.v. homoseksuele koppels en/of in een familierechtelijk statuut voor homoseksuele samenwoners voorzien, kunnen zich o.i. niet langer verschuilen achter de terughoudendheid in dit verband van het Hof voor de Mensenrechten<sup>29</sup>.

Het Hof zou o.i. minstens voor die rechtsordes moeten aannemen dat homoseksuelen met een duurzame relatie er wél gezinsleven hebben in de zin van art. 8 E.V.R.M.

Het lijkt er evenwel op dat het Hof meent niet zo ver te kunnen gaan en de Verdragsstaten niet te kunnen verplichten tot een consequent gezinsbeleid dat op alle terreinen wordt doorgetrokken. Vandaag bestaan meerdere

---

hoofdstuk 4, randnr 20 e.v.

<sup>27</sup> Het Europees Parlement heeft inmiddels overigens bevestigd dat de gezinnen en gezinsstructuren veranderd zijn en dat daarmee rekening kan worden gehouden: Resolutie van het Europees Parlement over de bescherming van het gezin en andere gezinsvormen bij de afsluiting van Internationaal Jaar van het Gezin, *P.B.* 23 januari 1995, nr. C 18/96.

<sup>28</sup> Zie bv. de Belgische Staat, reeds in de periode die de Belgische wet tot instelling van het homohuwelijk voorafging: Omz. 30 september 1997, die samenwoners, ongeacht hun geslacht, onder enkele voorwaarden toegang verleent tot een machtiging tot het verblijf.

<sup>29</sup> Meer hierover in deel 3B.

gezinsbegrippen naast elkaar. Menselijke relaties waarover op Europees niveau de consensus heerst dat het gezinsleven betreft, genieten als “gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M.” de bescherming van het Verdrag, al dan niet in samenhang met het gelijkheidsbeginsel. Andere hechte verhoudingen genieten in bepaalde Staten bescherming alsof het gezinsleven betreft, maar genieten niet de bescherming van het E.V.R.M. Het gevolg is dat sommig gezinsleven slechts een partiële bescherming geniet. Zo is het denkbaar dat de rechtsorde van een Lidstaat aan nationaliteitsgemengde partners toestaat dat ze een samenwonersstatuut verkrijgen, maar niet dat de ene partner de andere in de betrokken Staat vervoegt, ook niet als vaststaat dat de betrokkenen niet samen in een andere Staat terecht kunnen.

Soms biedt het interne recht zélf een uitweg uit dergelijke partiële uitsluiting van bescherming. Dit is het geval indien het in een fundamenteel recht op bescherming van het gezinsleven en in een discriminatieverbod voorziet in de eigen familiewet of in de Grondwet.

Voorziet de betrokken rechtsorde evenwel niet in een internrechtelijke bescherming, dan kunnen in het genoemde voorbeeld homoseksuele partners hun relatie tot op vandaag slechts juridisch vorm geven als ze beiden verblijven in de betrokken Staat. In dat geval rest hen m.n. slechts een beroep op art. 8 E.V.R.M. Zoals gezegd, laat het Hof voor de Mensenrechten de Verdragsstaten het initiatief om een homoseksuele tweerelatie al dan niet (gedeeltelijk) te beschermen als gezinsleven. Slechts als de betrokken Staat een initiatief neemt inzake verblijfsrecht of onderlinge rechten en plichten voor homoseksuele koppels, treedt art. 8 E.V.R.M. in werking, en dat dan nog slechts voor wat betreft het betreffende verblijfs- of familierechtelijk statuut. De partners kunnen m.a.w. slechts belangen afdwingen als die minstens samenhangen met een recht dat hun is toegekend.

17. In dezelfde zin genieten het Belgische en het Nederlandse homohuwelijk tot op vandaag geen bescherming als gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. Een andere Verdragsstaat hoeft het homohuwelijk niet te erkennen, meer nog: hoeft niet eens overtuigende argumenten<sup>30</sup> in te roepen om een weigering mee te rechtvaardigen.

#### **- Art. 9 Europees Handvest**

18. Ook het E.U.-recht legt de Lidstaten vooralsnog geen ruimere verplichting op dan dat ze gezinsleven tussen echtgenoten onderling, tussen ouders en kinderen die van hen afstammen en soms ook tussen andere verwanten zouden erkennen. De bescherming van dit gezinsleven speelt overigens slechts in bepaalde contexten, vooralsnog hoofdzakelijk in migratie- en socialezekerheidscontext, in het licht van het recht op vrij verkeer. Ook de uitbreiding, sinds het Verdrag van Amsterdam, van de bevoegdheden van de E.U. in familiale aangelegenheden, is louter gericht op de optimalisering van het

---

<sup>30</sup> Argumenten van openbare orde kunnen eventueel een gerechtvaardigde weigeringsgrond zijn.

recht op vrij verkeer. Deze op het eerste gezicht beperkte invalshoek neemt niet weg dat de E.U. een ruime invloedssfeer kan laten gelden bij de verdere uitbouw en afbakening van het gezinsconcept.

Vooralsnog heeft de Unie haar bevoegdheid om het gezinsbegrip concreter in te vullen slechts beperkt aangewend<sup>31</sup>. Het Hof van Justitie heeft in het arrest-Grant alvast een zekere stap gezet, door in het licht van het gelijkheidsbeginsel te oordelen dat gemengde relaties van een EER-onderdaan die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer dezelfde bescherming moeten genieten als vergelijkbare gemengde relaties van een onderdaan van de betrokken Staat<sup>32</sup>.

19. Er zijn geen tekenen die wijzen op een nakende bescherming van een recht voor homoseksuelen om te huwen of om hun huwelijk in een andere Lidstaat erkend te zien.

20. Art. 9 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie – “het recht om te huwen en het recht een gezin te stichten worden gewaarborgd volgens de nationale wetten die de uitoefening van deze rechten beheersen” – bewaart het stilzwijgen over de vereiste dat huwelijkskandidaten van een verschillend geslacht zijn. Ten tijde van de aanneming van het Handvest was het nochtans al lang niet meer zo evident dat dergelijke vereiste impliciet kan worden verondersteld. Bepaalde auteurs menen dan ook dat met het stilzwijgen moedwillig de ruimte is gecreëerd voor een opentrekking van het huwelijksbegrip naar homoseksuelen.

De opsplitsing van de bepaling in twee grondrechten, het recht om te huwen en het recht om een gezin te stichten, i.t.t. de geïntegreerde formulering ervan in art. 12 E.V.R.M., sterkt deze auteurs, alsook enkele rechters, in deze interpretatie<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> We wijzen op Verordening (EG) nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen (Verord. Brussel II). Zie ook Verdrag Raad EG van 28 mei 1998, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken, *Pb. C.* 1998, 221 (België, Nederland en Duitsland zijn gebonden; Frankrijk niet). Zie ook Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

<sup>32</sup> H.v.J. 17 februari 1997, arrest-Grant, C-249/96, *datbank Celex*.

<sup>33</sup> Cf. *supra*, deel 2C, randnr. 132. Meerdere auteurs stellen zich evenwel uiterst kritisch op m.b.t. de afdwingbaarheid van het Handvest: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, “Familiehereniging in Europa. Werk in de Raad van Europa en de EU”, in M.C. FOLETS e.a., *Migratie en Migrantenrecht* (2002), 260. Het Handvest heeft geen dwingende werking in de interne rechtsorde (H.C. KRUGER en J. POLAKIEWICZ, “Propositions pour la création d'un système cohérent des droits de l'homme en Europe”, *RUDH* 2001, 30 oktober 2001, 1). Het Hof van Justitie kan er indirect werkingskracht aan verlenen door er expliciet naar te verwijzen bij de uitwerking van algemene rechtsbeginselen (Mededeling Commissie 11 oktober 2000, COM (2000) 644 final; C. LALUMIERE, “La Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme”, *Revue québécoise de droit international* 2000, 167; M. WATHELET, “La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue”, *Cahiers de droit européen* 2000, 589-591).

**21.** Vermoedelijk evenwel zullen noch het Hof van Justitie, noch het Europees Parlement ter zake het voortouw nemen<sup>34</sup>. Dit zou o.i. ook niet aangewezen zijn. De bevoegdheid van de E.U. op het terrein van het burgerlijk recht kan beter ten dienste staan van eenmakings- dan van voortrekkersaspiraties. In dat verband vervullen de instrumenten tot wederzijdse erkenning van beslissingen een eerste stap tot inpassing van buitenlandse homohuwelijken in de eigen rechtsorde. Vervolgens kan openheid groeien voor een erkenning van het buitenlandse homohuwelijk van eigen onderdanen. Op die manier kan de rechtsfiguur tenslotte desgewenst een eigen plaats verwerven in het interne recht.

**\* De genoemde bepalingen beletten de Verdragsstaten evenwel niet om het recht om te huwen open te stellen voor homoseksuelen**

**22.** Het Hof voor de Mensenrechten laat het initiatief om het recht om te huwen open te stellen voor homoseksuelen, zoals gezegd, over aan de Verdragsstaten.

Die worden door art. 12 E.V.R.M. niet gehinderd om de notie van het huwelijk uit te breiden<sup>35</sup>.

Het Hof voor de Mensenrechten heeft dit recent overigens expliciet te kennen gegeven. Niet alleen uit de formulering van art. 9 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, maar ook uit de ontstentenis van een vereiste van verschillend geslacht terwijl op het ogenblik van de opstelling van het Handvest de discussie omtrent het homohuwelijk reeds volop aan de gang was, kan worden afgeleid dat het huwelijksbegrip van het Handvest geen geslachtsgebonden beperking inhoudt<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> In H.v.J., arrest-D. en Zweden t. Raad, zaak C-122/99 P en 125/99 P, 2001 *E.L.R.* I-4319 § 50, geeft het Hof aan dat het geen initiatieven zal nemen zolang er geen Europese consensus bestaat. H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Het homohuwelijk en de Europese Unie", *N.J.B.* 2002, 973; het Europees Parlement stelt zich terughoudend op. D'OLIVEIRA illustreert dit a.h.v. het antwoord van de voorzitter van het E.P. op de vraag van een Nederlands Europees parlamentslid. D'OLIVEIRA wijst erop dat het antwoord steunt op twee verkeerde opvattingen, m.n. de opvatting dat het E.U.-recht een erkenning niet toelaat en de idee dat door een erkenning discriminatie zou ontstaan omdat slechts personen die aan Nederlands recht zijn onderworpen een homohuwelijk zouden kunnen aangaan. De eerste opvatting wordt door niets bevestigd: art. 65 EG-Verdrag verleent de E.U. sinds het Verdrag van Amsterdam bevoegdheid op het terrein van het burgerlijk recht. Het H.v.J. heeft slechts gewezen op het feit dat de vele regelingen inzake samenwonersstatuten onderling verschillen vertonen en niet alle met een huwelijk kunnen worden gelijkgesteld, en heeft zich ertoe beperkt van vast te stellen dat vandaag de algemene definitie nog die is van een verbond van personen van een verschillend geslacht. Het Hof liet hiermee evenwel de vraag open of deze definitie voor wijziging vatbaar is. De tweede opvatting wordt weerlegd door de Nederlandse I.P.R.-regeling: het homohuwelijk staat open voor elk koppel waarvan één partner de Nederlandse nationaliteit heeft of in Nederland verblijft. De regeling maakt geen onderscheid op grond van nationaliteit. D'OLIVEIRA meent niettemin dat de E.U. ter zake best geen voortrekkersrol vervult: het familierecht is te gevoelig daarvoor.

<sup>35</sup> Rb. Brussel 23 januari 1985, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 283; Rb. Mechelen 12 april 1990, *T.B.B.R.* 1991, 172; Rb. Mechelen 31 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 510, noot J. GERLO; F. RIGAUX, "Les transsexuels devant la C.E.D.H.: une suite d'occasions manquées", *R.T.D.H.* 1998, 136.

<sup>36</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Goodwin t. V.K., Grote kamer, 11 juli 2002, § 104; E.C.R.M. nr. 25680/94, zaak-I. t. V.K. van 27 mei 1997, *onuitg.*

## C.2. DE OMGANG BINNEN HET I.P.R. MET EEN BUITENLANDS HOMOHUWELIJK

23. Voor de beoordeling van een in Nederland gesloten homohuwelijk wordt aangeknoopt bij art. 3, derde lid B.W.: de mogelijkheid om een homohuwelijk aan te gaan wordt bepaald door de *lex patriae*.

Bepaalde auteurs betwijfelden tot voor kort of Staten die het homohuwelijk voorsnog zelf niet instellen, bereid zouden zijn om een buitenlands homohuwelijk te erkennen<sup>37</sup>.

Het Hof voor de Mensenrechten heeft o.i. in dit verband met het arrest-Goodwin een baanbrekend arrest gevelde.

Zoals we reeds aangaven heeft het Hof uit de aparte vermelding in het Europees Handvest van het recht om te huwen en het recht om een gezin te stichten<sup>38</sup> afgeleid dat er geen Europese consensus bestaat tot instelling van een huwelijksvereiste van verschillend geslacht.

Daarmee is weliswaar niet gezegd dat de Verdragsstaten dergelijke vereiste niet

<sup>37</sup> Hierover K. BOELE-WOELKI, "Registered partnership and same-sex marriage in the Netherlands", in K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS (eds), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, 2003, 42-43, met verwijzing naar het rapport van de Nederlandse Regeringscommissie voor I.P.R. van 7 januari 2002, [www.justitie.nl/images/11\\_7616.pdf](http://www.justitie.nl/images/11_7616.pdf); H. FULCHIRON, "La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas", *JCP* 2001, 1034, bv. acht het weinig waarschijnlijk dat Frankrijk of een andere Staat het homohuwelijk door een Nederlander of persoon die gewoonlijk in Nederland verblijft, zal erkennen. In gelijkaardige zin m.b.t. de erkenning van een homohuwelijk in Duitsland: K. THORN, "The German Conflict of Laws Rules on Registered Partnerships", in K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS (eds), *l.c.*, 161. Zie ook E. STEINER, "The spirit of the new French registered partnership law - promoting autonomy and pluralism or weakening marriage?", *Child and Family Law Quarterly* 2000, 11, die meerdere argumenten opwerpt tegen de erkenning van een recht op homohuwelijk: alle huwelijksbeletselen kunnen in dat geval als een schending van het recht om te huwen worden beschouwd; het huwelijk is overigens vooral gegrond op gezinsvorming, op kinderen, m.a.w. op het vormen van een ruimere sociale entiteit. Het feit dat een minderheid van de koppels geen kinderen kunnen krijgen, kan volgens de auteur niet als tegenargument worden ingeroepen. Het huwelijk zou op sociale groei gericht zijn. De auteur steunt zich tevens op het afstammingsrecht om een homohuwelijk van de hand te wijzen: de vaderschapsregel zou een hol begrip zijn bij homokoppels. Het recht van het kind (art. 7 I.V.R.K.) om door zijn biologische ouders te worden opgevoed, sluit eveneens de idee van een homohuwelijk uit. Zie ook (zij het louter m.b.t. de invoering van een homohuwelijk in het interne recht): K. Mc NORRIS, "Marriage is for hetero-sexuals - may the rest of us be saved from it", *Child and family law quarterly*, 2000, 363-367, pleit voor een gelijke behandeling op een andere manier dan via een homohuwelijk. De gelijke behandeling moet ruimte laten voor een andere visie op getrouwheid, verplichtingen en engagement. Enerzijds is voortplanting niet mogelijk en is een getrouwheidsplicht daarom overbodig. Anderzijds was het huwelijk voorheen voornamelijk een zaak van goederen en is dat nu niet langer het geval. Hiermee dient rekening te worden gehouden bij de uitbouw van een nieuw partnerstatuut, zoals *in casu* voor homoseksuelen.

<sup>38</sup> Over de splitsbaarheid van beide rechten in art. 12 E.V.R.M. voorheen reeds: G. VAN BUEREN, *l.c.*, 815; G. VAN DIJK, "The treatment of homosexuals under the European Convention of Human Rights", in K. WAALDIJK en A. CLAPHAM, *Homosexuality: a European Community issue. Essays on lesbian and gay rights in European law and policy*, Boston, Nijhoff, 1993, 179-198; P. BORGHS, *Juridische aspecten van homoseksueel ouderschap. Het recht om lief te hebben*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 96.

langer zouden mogen hanteren in hun interne recht. Het is evenwel denkbaar dat Staten die vooralsnog enige terughoudendheid aan de dag leggen, n.a.v. het arrest bereid zijn aan te nemen dat een homohuwelijk hun internationaalprivaatrechtelijke openbare orde niet schendt en het homohuwelijk willen erkennen als het geldig is aangegaan<sup>39</sup>.

We menen dat dergelijke soepelheid hoedanook is aangewezen in hoofde van een rechtsorde die vandaag reeds voorziet in een familierechtelijk statuut voor homokoppels, zoals een wettelijke samenwoning (ook PACS) of geregistreerd partnerschap<sup>40</sup>.

Geen enkele bepaling van intern recht van die rechtsordes belet o.i. dat een homohuwelijk van vreemdelingen wordt erkend. Een homohuwelijk kan overigens in beginsel in de betrokken Staten worden aangegaan, mits de personele wet van de betrokkenen dat toelaat. Slechts de openbare orde kan hier een rem op zetten. We menen dat daar, gezien de gewijzigde opvattingen in dit verband, geen aanleiding toe is. Het buitenlandse recht dat een homohuwelijk toelaat kan o.i. worden toegepast in de betrokken Staten, zowel door de ambtenaar van de burgerlijke stand als door de rechter.

Ook in hoofde van andere Staten is een soepele benadering denkbaar,

---

<sup>39</sup> Zie ook, vóór het arrest: V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een twee-sporenbeleid", *Nemesis* 2002, 85-86, trekt bovendien de lijn door naar de omgang met andere buitenlandse onbekende samenlevingsvormen. Zoals Nederland de erkenbaarheid van bepaalde gevolgen van een polygaam huwelijk inroept als argument om tolerantie te bepleiten t.a.v. het homohuwelijk in het buitenland, kan volgens deze auteur deze oproep op termijn het begrip voor andere buitenlandse regels doen toenemen. Zie ook m.b.t. de erkenning van de ontbinding van een homohuwelijk: V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een twee-sporenbeleid", *Nemesis* 2002, 77 en H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk. Nederlands relatierecht en de Europese Unie", *N.J.B.* 2001, 2025, geven aan dat het in het licht van de soepele instelling van de Brussel-II-Verordening is aangewezen om soepel om te springen met buitenlandse bepalingen ter zake; E. JAYME, *l.c.*, 237-238; H. FULCHIRON, "Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé", *J.D.I.* 2000, 913, die evenwel na de stelling dat het Nederlandse homohuwelijk in Frankrijk moet worden erkend, de vraag opwerpt of de openbare orde zich niet tegen dergelijke erkenning zal verzetten en in hoeverre de verzachte werking van de exceptie kan spelen, en deze vragen verder onbeantwoord laat.

<sup>40</sup> Zie in deze zin o.m. D. HENRICH, "Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft", *FamRZ.* 2002, 138: art. 17a E.G.B.G.B. heeft bilaterale werking. Elk partnerschap dat in het buitenland rechtsgeldig is aangegaan, geniet van rechtswege erkenning, behoudens als de openbare orde zich daartegen zou verzetten. Deze bepaling en de vaststelling dat de partnerschapsregistratie naar gevolgen een sterke analogie vertoont met de huwelijksgevolgen hebben tot gevolg dat een buitenlands homohuwelijk kan worden erkend. In dit verband betreft de mogelijkheid om het huwelijk aan te gaan volgens de auteur geen grondvraag, maar een vraag naar de vorm waarin de relatie kan worden geregistreerd. Zie ook I. SEWANDONO, "De gezinsherenigingsrichtlijn. Na Vw. 2000 volgt Vw. 2002", *M.R.* 2001, 39, die meent dat de bereidheid om een buitenlands homohuwelijk te erkennen, vooralsnog niet verder reikt. Sewandono meent dat het Hof van Justitie, mocht het geraadpleegd worden, het Nederlandse homohuwelijk niet zal beschouwen als een huwelijk. De acceptatie van dit instituut is een sociaal voordeel dat alleen kan worden geëxporteerd naar Lidstaten die het homohuwelijk kennen (en bijgevolg ook Staten met een stelsel van partnerschapsregistratie niet verbindt. Hun erkenning zou op louter vrijwillige basis steunen). De auteur leidt dit af uit H.v.J. 17 februari 1997, arrest-Grant, C-249/96, *SEW* 1999, 67.

aangezien de internationaal privaatrechtelijke openbare orde minder strikt omschreven is dan de interne openbare orde. Er wordt binnen het I.P.R. minder snel tot een schending van de openbare orde besloten.

Bepaalde auteurs menen dat het in de huidige stand van de Europese integratie niet langer gerechtvaardigd is dat een E.U.-Lidstaat de B.I.P.O.O.-exceptie opwerpt tegen het recht van een andere Lidstaat<sup>41</sup>. Binnen de E.U. zou een weigering van buitenlandse homohuwelijken m.a.w. uitgesloten zijn. Erkent een Staat eenmaal een “Europees” homohuwelijk, dan zou hij ook moeten openstaan voor een homohuwelijk dat is aangegaan in een derde land (in de hypothese dat derde landen hun familierecht zouden openstellen voor het homohuwelijk). Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit zou hen daartoe dwingen.

O.i. geven art. 15, eerste lid Brussel II-verordening en art. 34, eerste lid EEX-Verordening evenwel aan dat de vrije-markttheorie op zich niet toelaat om een plicht af te leiden tot onvoorwaardelijke toepassing van het recht van een andere Lidstaat<sup>42</sup>. Wél kan uit de positieve doorzetting van de communautaire openbare orde volgen dat andere verdragsbepalingen en hun openbare-ordenoties verruimd worden, zo bv. de Haagse Verdragen. De huidige stand van het E.U.-recht laat evenwel niet toe om verder te gaan dan een oproep om de B.I.P.O.O.-exceptie zo beperkt mogelijk op te werpen tegen het recht van een Lidstaat<sup>43</sup>.

Zoals we reeds aangaven, verplicht ook art. 8 E.V.R.M. er geen enkele Staat toe om gezinsleven aan te nemen tussen homoseksuelen.

**24.** Eens een rechter besluit dat een buitenlands homohuwelijk de openbare orde niet schendt, dient het gelijkheidsbeginsel volle toepassing te genieten: gehuwde personen van eenzelfde geslacht bevinden zich in een vergelijkbare situatie als gehuwde heteroseksuelen. Hetzelfde huwelijksbegrip wordt op hen toegepast. Wordt een homohuwelijk erkend, dan kunnen de betrokkenen een beroep doen op alle rechtsgevolgen van het huwelijk, ook op gezinshereniging.

**25.** De vraag blijft evenwel hoe best wordt omgegaan met een homohuwelijk waarbij één van de partners de (impliciete) huwelijksvereiste van een verschillend geslacht in zijn *lex patriae* heeft overtreden. Gezien de verwijzing van ons I.P.R. en dat van de Europees-continentele rechtssystemen die geen homohuwelijk instellen, naar de *lex patriae*, zal het huwelijk niet worden erkend<sup>44</sup>.

We menen evenwel dat het is aangewezen om de verwijzingsregel in dit verband

<sup>41</sup> M. TRAEST (2002), 519-523. Zie ook reeds vóór de eenmaking in die zin: H. KOTZ, “Die Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung”, *RabelsZ.* 1951, 393

<sup>42</sup> In dezelfde zin: M. TRAEST (2002), 519; M. FALLON, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté européenne”, *Rec. des Cours* 1995, 253.

<sup>43</sup> Zie bv. voorstel Frankrijk tot nieuwe Verord. inzake omgangsrecht en voorstel daarin om een beroep op de I.P.O.O.-exceptie uit te sluiten. Hierover: M. TRAEST (2002), 521.

<sup>44</sup> Hetzelfde geldt vanzelfsprekend als beide partners hun personele wet hebben overtreden en bv. in Nederland zijn gehuwd in de loop van het gewoonlijk verblijf van één van hen.

aan te passen en om een buitenlands homohuwelijk te erkennen zodra het rechtsgeldig is ontstaan in toepassing van de *lex loci celebrandi*. Een huwelijksbeletsel in toepassing van het personeel recht van de betrokkenen zou m.a.w. bij naleving van de *lex loci celebrandi* slechts gelden als verbiedend beletsel.

Dergelijke soepele I.P.R.-aanpak kan o.i. gerechtvaardigd worden door de vaststelling dat de bescherming van gerealiseerde rechtsfeiten die de openbare orde niet schenden, de voorkeur geniet, nu de internationale beslissingsharmonie hoedanook reeds is verstoord.

We sluiten hiermee aan bij ons eerder voorstel in dezelfde zin m.b.t. andere buitenlandse huwelijksbeletselen die niet (meer) gelden naar Belgisch recht.

### C.3. DE MOGELIJKHEID VOOR HOMOSEKSUELEN OM IN BELGIË TE HUWEN

26. De wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht raakt niet aan het I.P.R. Dit heeft als gevolg dat de huidige aanknoping bij art. 3, derde lid B.W. gehandhaafd blijft<sup>45</sup>. Slechts Belgische en Nederlandse homo's en lesbiennes kunnen in België, al dan niet gemengd, huwen. Dergelijke regeling zal niet discriminatoir worden bevonden: eigen onderdanen worden niet voordeliger behandeld dan andere E.U.-onderdanen en gelijkgestelden<sup>46</sup>, aangezien voor eenieder dezelfde verwijzing naar het personeel statuut geldt. I.P.R.-keuzes zijn ingevolge rechtspraak van het Hof van Justitie zonder meer verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel en het recht op vrij verkeer<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Parl. St. Kamer 2001-2002, nr. 1692/1, Memorie van Toelichting, 7.

<sup>46</sup> H.v.J. nr. 59/85, Nederlandse staat tegen Ann Florence Reed van 17 april 1986, *Jur. H.v.J.* 1986, 1283, stelt slechts deze vereiste voorop.

<sup>47</sup> O.m. H.v.J. 14 juli 1994, nr. C-379/92, Strafzaak t. P. Peralta, *Jur. H.v.J.* 1994, I-3453, § 48. In casu werd geoordeeld dat de nationale wetgeving niet in strijd was met het gelijkheidsbeginsel om de enkele reden dat andere Lidstaten minder strenge bepalingen zouden toepassen. Dit beginsel laat eveneens toe om te besluiten dat staatsoevereiniteit kan worden aangenomen inzake kwalificatie en bepaling van de aanknopingsfactoren. Er treedt geen discriminatie op tussen Unieburgers bij verschillende behandeling als gevolg van verschillen in de nationale wetgeving van de Lidstaten. Toegespitst op het I.P.R.: o.m. M. TRAEST, *De verhouding van de Europese Gemeenschap tot de Conferentie van Den Haag voor het Internationaal Privaatrecht. Een vergelijkende analyse van hun wederzijdse beïnvloeding, interferentie en hun bijdrage tot de integratie van het internationaal privaatrecht*, Gent, R.U. Gent, 2002, 437; M. FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *Rec. des Cours* 1995, nr. 253, 123; G. FISCHER, "Gemeinschaftsrecht und Kollisionsrechtliche Staatsangehörigkeitsprinzip", in C. VON BAR, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht. Tagung des Instituts für internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 6. und 7. April 1990 in Osnabrück*, Köln, Carl Heymans Verlag KG, 1991, 161; P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the law of the European Communities*, London, Kluwer law international, 1998, 171.

Art. 12 EG-verdrag heeft inderdaad slechts betrekking op discriminatie die volgt uit de toepassing van rechtsregels die behoren tot de rechtsorde van één enkele Lidstaat (zie ook H.v.J. 25 januari 1983, arrest-D.J. Smit Transport BV t. Commissie Grensoverschrijdend Beroepsgoederenvervoer, nr 126/82, *Jur. H.v.J.* 1983, 73). Ook de verschillen in ratificatie van verdragen kan op zich geen grond vormen om te besluiten tussen discriminatie van bepaalde Unieburgers. Anders oordelen zou een inbreuk vormen op de soevereiniteit van de Lidstaten om



27. Zolang geen specifieke I.P.R.-regeling wordt getroffen, noch een I.P.R.-Verdrag in dit verband wordt gestemd, is een homohuwelijk vandaag slechts mogelijk als de personele wet van beide partners een homohuwelijk toelaat.

28. We menen dat het is aangewezen om de toelaatbaarheid van homohuwelijken te verruimen en stellen hiervoor twee methodes voor.

29. Vooreerst menen we, in navolging van SENA EVE<sup>48</sup>, dat personen die in toepassing van hun personeel recht een geregistreerd partnerschap kunnen aangaan, in België moeten worden toegelaten tot het homohuwelijk. Beide rechtsfiguren verbinden vergelijkbare rechtsgevolgen aan de partnerverhouding. Een onderlinge adaptatie is o.i. mogelijk én wenselijk<sup>49</sup>.

30. Ten tweede kan een toepassing van het door ons voorgestelde aanknopingscriterium het aantal situaties uitbreiden waarin een homohuwelijk toelaatbaar is. Een homohuwelijk zou hierdoor mogelijk zijn zodra beide partners hetzij op stabiele wijze in België verblijven, hetzij hebben geopteerd voor een aanknoping bij Belgisch recht, hetzij Nederlands recht op zich toegepast zien.

Een nog soepelere mogelijkheid zou erin bestaan om de *renvoitechniek* toe te passen binnen de huidige aanknoping bij de *lex patriae*.

Via een verwijzing naar het I.P.R. van het vaderland (een *common law* rechtsorde), dat terugwijst naar Belgisch recht als *lex domicilii*, zou het aantal toepassingsgevallen van homohuwelijken kunnen worden uitgebreid<sup>50</sup>.

---

te bepalen welke verdragen ze wel en welke ze niet ratificeren (M. TRAEST (2002), 43). Nogmaals in dezelfde zin oordeelt TRAEST, 439, dat een toepassing van de *lex fori* op vreemdelingen die eveneens banden hebben met andere rechtsordes, niet discriminatoir kan worden bevonden. Anders oordelen zou inhouden dat het internationaal privaatrecht strijdig is met het gemeenschapsrecht. Door de bilateralisering van art. 3, derde lid B.W. wordt vandaag overigens het gelijkheidsbeginsel toegepast: ook voor vreemdelingen geldt het nationaliteitsbeginsel (Cass. 19 januari 1882, *Pas.* 1882, I, 36; Cass. 12 april 1888, *Pas.* 1888, I, 186).

<sup>48</sup> P. SENA EVE, "De Wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht", *E.J.* 2003, te verschijnen (randnr. 26), met verwijzing naar de techniek van de gelijkwaardige rechtsfiguren (door ons adaptatietechniek (equivalentieel) genoemd: deel 2B, randnrs 201 e.v.).

<sup>49</sup> Deze opvatting vormt een vervolg op het aanvankelijke pleidooi om geen homohuwelijk, maar een geregistreerd partnerschap voor homoseksuelen in te stellen. Nu het homohuwelijk realiteit is geworden en internationale beslissingsharmonie niet kan worden bereikt via de gehanteerde juridische terminologie, dient minstens in een adaptatie te worden voorzien van twee objectief gelijke situaties: eenzelfde statuut voor homoseksuele partners. Het vroegere bezwaar dat het geregistreerd partnerschap en het huwelijk niet vergelijkbaar zijn, omdat het twee objectief verschillende situaties betreft (P. SENA EVE, "Naar de invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht?", *E.J.* 2002, 51. Criterium is daarbij de voorplanting) is door de wetgever ongedaan gemaakt.

<sup>50</sup> Dat zou niet het geval zijn bij verwijzing naar het I.P.R. van de Staat van stabiel verblijf of van optie (bij wijze van *renvoi* na toepassing van ons voorgestelde aanknopingsmechanisme). Hierbij zouden opnieuw vele verblijfhouders in België worden uitgesloten van de mogelijkheid om een homohuwelijk aan te gaan.

Een toepassing van de *renvoitechniek* zou o.i. evenwel het aantal begunstigden nog tezeer beperkt houden. Weliswaar zou de internationale beslissingsharmonie beter gewaarborgd worden: de rechtsorde van het vaderland zal het huwelijk erkennen, aangezien de wet die door zijn I.P.R. wordt aangewezen een homohuwelijk toelaat. Een nieuwe aanknopingsregel, welke vorm die ook aanneemt, biedt dergelijke waarborg niet (aangezien niet zeker is dat hij overeenstemt met de prioriteiten die de *lex patriae* stelt). We menen evenwel dat het is aangewezen om een nieuw aanknopingsvoorstel uit te werken naar Nederlands voorbeeld, omdat slechts een nieuwe aanknopingsregel de waarborg biedt van een systematische toepassing (niet alle rechters passen de *renvoitechniek* toe) en tevens slechts een beperkt aantal rechtsordes *renvoi* toelaten.

**31.** De Nederlandse Wet Openstelling Huwelijk stelt een alternatieve aanknopingsregeling in. Het betreft een soepele variant op de aanknopingsstechniek die sinds meerdere jaren in de Scandinavische Staten wordt gehanteerd m.b.t. het geregistreerd partnerschap<sup>51</sup>. Het volstaat dat één van de partners de Nederlandse nationaliteit heeft of gewoonlijk verblijf houdt in Nederland, om een homohuwelijk naar Nederlands recht aan te gaan. Het komt aan de betrokkenen toe om te oordelen of ze al dan niet het risico van een hinkend huwelijk willen aangaan<sup>52</sup>.

**32.** Een amendement op het Belgische wetsvoorstel betreffende het geregistreerd partnerschap, aanvankelijk een tegenhanger van het voorliggende wetsvoorstel tot openstelling van het huwelijk, wil het voorstel omvormen tot een voorstel tot invoering van het homohuwelijk en voorzag daarbij in een variant op deze soepelere I.P.R.-regeling<sup>53</sup>. Verbiedt de personele wet van (slechts) één

<sup>51</sup> Zie hierover deel 3B, hoofdstuk 2, randnrs 4 e.v.: de betrokken wetten vereisen dat de betrokkenen beide criteria cumuleren. Een uitzondering hierop vormen de Deense en Zweedse wet die het domiciliebeginsel toepassen op elke vreemdeling die sinds twee jaar wettig verblijf houdt.

<sup>52</sup> Over de omvang van dit risico: A. WILLEMS, "Het homo-huwelijk: een te hoge prijs?", *F.J.R.* 1999, 217: het gelijkheidsbeginsel en het mensenrecht om te huwen primeren boven de angst voor een hinkende rechtspositie; H. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie", *N.J.B.* 2001, 205; L. BARNICH, "Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé", in D. STERCKX en J.L. LEDOUX, *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Brussel, Bruylant, 2000, 3-16; K. BOELE-WOELKI, "De wenselijkheid van een I.P.R.-verdrag inzake samenleving buiten huwelijk", *F.J.R.* 1999, 11-13; H. FULCHIRON, "Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé", *J.D.I.* 2000, 898-913; W. SCHRAMA, "Niet-huwelijkse leefvormen in het I.P.R.", *F.J.R.* 1999, 131-133.

<sup>53</sup> Wetsvoorstel betreffende het geregistreerd partnerschap, Amendement tot openstelling van het burgerlijk huwelijk voor paren van het gelijke geslacht, *Parl. St. Kamer* 2001-2002, nr. 712/2 van 21 januari 2002. De indiener beoogt art. 1 tot 12 van het oorspronkelijke voorstel te vervangen door een nieuw art. 143 (openstelling huwelijk voor homoseksuelen), 150 (het recht voor homoseksuelen om te huwen wordt voor ieder bepaald door zijn personele wet. Verbiedt evenwel de wet van één partner het homohuwelijk, dan wordt de Belgische wet toegepast, mits minstens één van de partners Belg is of in België zijn gewone verblijfplaats heeft), 162, 163, 170, 228 (m.b.t. gevolgen en ontbinding huwelijk: als het homohuwelijk niet bekend is binnen het normaal toepasselijke recht, dan wordt Belgisch recht toegepast, mits het huwelijk is gesloten door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of een Belgische diplomatieke of consulaire

partner het homohuwelijk, dan zou de Belgische wet worden toegepast, mits minstens één van de partners Belg is of in België zijn gewoonlijke verblijfplaats heeft. Door te vereisen dat de personele wet van één partner het homohuwelijk erkent, heeft het voorstel een voorzichtiger evenwicht gezocht tussen enerzijds de vrijheid van de partners om het risico van een hinkende rechtspositie aan te gaan en anderzijds het belang om het risico op een al te veelvuldige confrontatie met die hinkende rechtspositie *a priori* in te perken<sup>54</sup>.

**33.** We menen dat hetzij het Nederlandse voorstel, hetzij het Belgische wetsvoorstel navolging verdient.

Een toepassing van het huidige Nederlandse aanknopingsmechanisme zou elke gewoonlijke verblijfhouder in de mogelijkheid stellen om in België een homohuwelijk aan te gaan, ook al heeft hij voorheen reeds geopteerd voor een behouden aanknopingsmechanisme bij zijn personele wet en ongeacht het personeel statuut van zijn partner.

Een toepassing van het aanknopingsmechanisme in het voorliggende wetsvoorstel zou binnen de huidige regeling slechts Belgen en Nederlanders toelaten om een homohuwelijk aan te gaan met een persoon van een derde land. Bij het huwelijk van een Nederlander zou hijzelf of zijn partner tevens reeds gewoonlijk in België moeten verblijven (of Belg moeten zijn).

Bij een gedeeltelijke aanpassing van het voorstel aan ons aanknopingsvoorstel zou de verwijzing naar de *lex patriae* worden verlaten door een verwijzing naar het recht waarvoor de betrokkene heeft geopteerd (of bij stabiel verblijf: waaraan hij is onderworpen). Een homohuwelijk zou bijgevolg mogelijk zijn zodra één van de partners stabiel verblijf houdt in België<sup>55</sup> of indien hij als verblijfhouder voor onbepaalde duur voor de toepassing van Belgisch recht heeft geopteerd of Nederlander is en gewoonlijk verblijf in België van zichzelf of zijn partner kan aantonen.

**34.** Beide afwijkingen van ons aanknopingsmechanisme zijn o.i. verantwoord in het licht van het nog slechts beperkt verspreide recht voor homoseksuelen om te huwen (*cf. supra*, randnr. 2).

---

ambtenaar), 228bis (geschillen kunnen aan een Belgische rechtbank worden onderworpen als het huwelijk is gesloten door een Belgische (ev. consulaire of diplomatieke) ambtenaar), 319bis en 322 (geslachtsneutraal maken van de bepalingen) B.W.

<sup>54</sup> Door de keuze slechts mogelijk te maken als de betrokkenen reeds een sterkere band hebben met de Belgische rechtsorde of met een rechtsorde die een homohuwelijk toelaat, is de kans groter dat de band met de rechtsorde van het vaderland inmiddels is afgezwakt en dat hierdoor niet snel een uitspraak zal vallen waarbij de erkenning of bepaalde gevolgen van het homohuwelijk worden geweigerd. Deze kans is eveneens groter als één van de partners alvast rechtsgeldig is gehuwd in toepassing van zijn personele wet.

<sup>55</sup> Zoals we in de tweede toegangspoort uitwerkten, is dit voor Belgen het geval zodra ze gewoonlijk in België verblijven. De Belgische nationaliteit volstaat evenwel niet om aan de vereiste te voldoen: bij stabiel verblijf in het buitenland (zoals we in de tweede toegangspoort uitwerkten: bepaald naar Belgische verblijfs- en nationaliteitsrechtelijke normen: bilateralisering van het aanknopingsvoorstel) wordt zijn personeel statuut bepaald door het recht van die Staat.

**35.** Het tweede voorstel draagt onze voorkeur weg: het combineert o.i. op verantwoorde wijze de zorg om homohuwelijken zo ruim mogelijk toe te laten en de zorg om hinkende rechtsposities te voorkomen: het feit dat op het personeel statuut van één van de partners reeds Belgisch recht wordt toegepast of buitenlands recht dat een homohuwelijk toelaat (vooralsnog slechts Nederland) en het besef van de betrokkenen dat het homohuwelijk in het buitenland niet gemakkelijk zal worden erkend, laten toe te vermoeden dat de betrokkenen plannen gedurende geruime tijd in België of Nederland te blijven en een beroep te doen op de toepassing van recht dat een homohuwelijk toelaat.

De voorwaarde dat elke partner voldoet aan de bepaling van zijn personeel recht, zou m.a.w. worden versoepeld tot de voorwaarde dat één van de partners eraan voldoet.

**36.** Aan de toepassing van het voorstel is in zijn huidige omschrijving niet de voorwaarde verbonden dat de andere partner bij de huwelijkssluiting zou opteren voor de toepassing van Belgisch recht op zijn personeel statuut. Het homohuwelijk zou immers in toepassing van Belgisch recht reeds kunnen worden aangegaan zodra één van de partners onder de toepassing van Belgisch recht (of Nederlands recht, in combinatie met het gewoonlijk verblijf van één partner in België) valt.

Men zou evenwel kunnen bepalen dat de andere partner, door een beroep te doen op de Belgische regeling inzake homohuwelijk, reeds zijn optieplicht heeft vervuld en aangeeft dat zijn personeel statuut definitief door het Belgische familierecht wordt bepaald.

De sluiting van een homohuwelijk in België zou m.a.w. resulteren in een vervroegde verplichte toepassing van Belgisch familierecht. We menen dat dergelijk rechtsgevolg verantwoord en aangewezen is, wegens het belang van juridische eenheid.

#### **C.4. EEN MACHTIGING TOT HET VERBLIJF MET HET OOG OP DE SLUITING VAN EEN HOMOHUWELIJK, BINNEN DE GRENZEN VAN DE *ELSEWHERE APPROACH***

**37.** We menen dat het tevens is aangewezen om een buitenlandse partner binnen de grenzen van een *elsewhere approach* toe te laten om in het kader van tijdelijk verblijf in België een homohuwelijk aan te gaan.

Zolang slechts een beperkt aantal rechtsordes homoseksuelen de mogelijkheid biedt om te huwen, is het m.n. denkbaar dat het recht om te huwen met de homoseksuele partner van hun keuze voor vele wettige verblijfhouders in de praktijk onuitvoerbaar zou zijn. Slechts als beide partners in België verblijven of als de andere partner verblijft in of onderdaan is van een Staat die eveneens een

homohuwelijk toelaat en die Staat beiden in de mogelijkheid stelt om er te huwen, zou het recht kunnen worden uitgeoefend.

We menen dat in het andere geval, m.a.w. als de partners nergens elders terecht kunnen om te huwen, uit eerbied voor het recht om te huwen een tijdelijk verblijfsrecht zou kunnen worden verleend, opdat het huwelijk in België zou kunnen worden aangegaan. Een bijzondere machtiging tot het verblijf is daartoe aangewezen, aangezien een toeristenvisum meermaals verlengd zou moeten worden, alvorens alle aan de huwelijkssluiting verbonden formaliteiten vervuld zijn.

Door de controle op de samenwoning en de wachttijd voor een zelfstandig recht op verblijf te verlengen, zou fraude door schijnhuwelijk worden gesanctioneerd.

## **C.5. HET HOMOHUWELIJK EN HET RECHT OP GEZINSHERENIGING IN HET E.U.-RECHT**

38. Het E.U.-recht voorziet vooralsnog niet in een veralgemeende positieve verplichting tot gelijke behandeling van het homohuwelijk en het heterohuwelijk<sup>56</sup>. Het beperkt zich ertoe om, in het licht van het recht op vrij verkeer, voor de partner van een E.U.-onderdaan die wettig in een Lidstaat verblijft een gelijke behandeling af te dwingen als deze die een onderdaan en zijn buitenlandse partner genieten<sup>57</sup>.

De Richtlijn inzake gezinshereniging bij een Unieburger zal hier vermoedelijk geen verandering in brengen. De Commissie opteert er expliciet voor om, i.t.t. de wens van het Europees Parlement, niet vooruit te lopen op de bereidheid van de Lidstaten om hun gezinsbegrip uit te breiden<sup>58</sup>.

Homohuwelijken, al dan niet in België of naar Belgisch recht geldig ontstaan, met of tussen E.U.-vreemdelingen van wie één regelmatig in België verblijft, verlenen recht op gezinshereniging op grond van huwelijk.

Zolang een Lidstaat zelf geen homohuwelijk instelt, is hij er niet toe gehouden om een buitenlands homohuwelijk te erkennen. We gaven hierboven evenwel aan dat er inmiddels steeds minder aanleiding is om de erkenning van een buitenlands homohuwelijk te weigeren. Burger- en/of verblijfsrechtelijke regelingen voor homokoppels in meerdere Verdragsstaten geven aan dat een homoseksuele tweerelatie de openbare orde niet schendt, meer nog: dat de mogelijkheid van gezinsleven wordt aangenomen.

Ontstaat eenmaal bereidheid tot burgerrechtelijke assimilatie met het huwelijk van heteroseksuelen, dan moet die assimilatie ook op verblijfsrechtelijk vlak doorwerken, en omgekeerd.

<sup>56</sup> Hierover ook D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 247-248.

<sup>57</sup> Cf. *supra*, Hof Mensenrechten, arrest-Reed.

<sup>58</sup> Zie toelichting bij de recentste versie van 15 april 2003, overweging bij titel 3, 1 en bij titel 3, 3.2, amendementen 14, 15 en 16.

**39.** Het is evenwel in het licht van het recht op vrij verkeer wenselijk dat in dit verband verder gegaan zou worden dan het *Reed*beginsel en dat het beginsel van de erkenning van een homohuwelijk dat geldig is aangegaan naar het recht van een Lidstaat, bij Verordening zou worden vastgelegd<sup>59</sup>. Het verdient aanbeveling om het beginsel van wederzijdse erkenning van uitspraken in Verord. 1347/2000 (Brussel-II) aan te vullen met een beginsel van wederzijdse erkenning van burgerlijke rechtshandelingen die door een openbaar ambtenaar authentiek ten akte worden gesteld, zoals een huwelijkssluiting<sup>60</sup>.

De Europese Commissie heeft alvast in dit verband het voortouw genomen voor een erkenning, door de arbeidsvoorwaarden voor Europese ambtenaren gelijk te stellen voor partners binnen een homohuwelijk en partners binnen een heterohuwelijk<sup>61</sup>.

Een toepassing van het systeem van wederzijdse erkenningen zou tot gevolg hebben dat ook het recht op gezinshereniging zou worden opengesteld voor gehuwde homoseksuelen.

## **C.6. TRANSSEKSUELEN EN HET RECHT OM TE HUWEN EN GEHUWD TE BLIJVEN**

### **C.6.A. DE MOGELIJKHEID VOOR TRANSSEKSUELEN OM NA EEN GESLACHTSWIJZIGENDE OPERATIE GEHUWD TE BLIJVEN, OOK AL HEBBEN ZE VOORTAAN BIOLOGISCH HETZELFDE GESLACHT ALS HUN PARTNER**

**40.** Belgische rechtspraak geeft aan dat een huwelijk tussen personen van weliswaar verschillend juridisch, maar met sociaal gelijk geslacht, kan blijven voortbestaan<sup>62</sup>. Meer nog, de administratie heeft daar jarenlang op aangestuurd door transseksuelen te verbieden om in de akten van de burgerlijke stand hun geslacht te laten verbeteren of wijzigen.

Een louter feitelijke geslachtswijziging vormt in België hoogstens een

<sup>59</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie. Hoog tijd!", *N.J.B.* 2001, 205; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk. Nederlands relatierecht en de Europese Unie", *N.J.B.* 2001, 2025; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Lesbians and gays and the freedom of movement of persons", in K. WAALDIJK en A. CLAPHAM, *I.c.*, 289-316.

Zie voor het belang van een codificering ook de opvatting van H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *N.J.B.* 1999, 305-306, dat de (voormalige) loutere beleidsregels in Nederland niet volstonden.

<sup>60</sup> Zie ook adviezen Nederlandse Staatscommissie I.P.R. van mei 2001 inzake Verordening Brussel-II, [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl).

<sup>61</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *I.c.*, *N.J.B.* 2001, 2035, met verwijzing naar het schrijven van de Directeur-generaal Personeel en Administratie Europese Commissie, 15 mei 2001: het Nederlandse homohuwelijk is erkenbaar voor de bepaling van het ambtenarenstatuut van de Europese Commissie.

<sup>62</sup> Antwerpen 7 maart 2001, *E.J.* 2001, 56, noot K. VANLEDE (de beoordeling gebeurt louter en eenmalig op het ogenblik van de huwelijkssluiting. Als er toen geen sprake was van een gelijk geslacht, dan is en blijft het huwelijk – althans op grond van het geslachts criterium – geldig).

chtscheidingsgrond wegens grove belediging<sup>63</sup>.

41. Een juridische geslachtswijziging<sup>64</sup> werd tot de stemming van de wet op het homohuwelijk geweigerd, gezien de voormalige vereiste dat gehuwden van een verschillend geslacht zijn. Mogelijk bestaat vandaag niet langer een beletsel voor een juridische geslachtswijziging tijdens de loop van een huwelijk (*cf. infra*).

#### **C.6.B. HET RECHT VAN TRANSSEKSUELEN OM NA EEN GESLACHTSWIJZIGENDE OPERATIE TE HUWEN MET EEN PERSOON VAN VERSCHILLEND JURIDISCH GESLACHT**

##### **\* De regeling naar intern en Europees recht**

##### **- Het recht om zijn geslacht te laten wijzigen**

42. In september 2000 is in het kader van de Commission internationale d'état civil (C.I.E.C.) bij Verdrag voorzien in de automatische onderlinge erkenning door de Verdragsstaten van beslissingen tot geslachtsverandering<sup>65</sup>.

43. Recent heeft het Hof voor de Mensenrechten het recht erkend van

<sup>63</sup> H. DE PAGE en J.P. MASSON (1990), II, nr. 150; J. GERLO, "Transseksualiteit, wetgevende tussenkomst overbodig?", *R.W.* 1990-91, 513; K. UYTTERHOEVEN, *De staat van de transseksuele persoon: rechtsvergelijkende analyse en proeve van oplossing naar Belgisch recht*, K.U. Leuven, doct., 2000, 3 v.; L. VAN DE WIELE en K. SCHATTEMAN, "De erkenning als rechtsbeginsel van het recht op geslachtswijziging door de Belgische rechtspraak", *R.W.* 1997-98, 179-180. Ook naar Nederlands recht is slechts in een echtscheidingsregeling voorzien. Zie ook naar Frans recht: Nîmes 7 juni 2000, *Rev. dr. fam.* 2001, comm. nr. 4, noot H. LECUYER; T.G.I. Caën 28 mei 2001, *D.* 2002, Jurispr. 124, noot L. MAUGER-VIELPEAU). Naar o.m. Duits en Zweeds recht wordt het huwelijk van rechtswege ontbonden. Zie ook m.b.t. homosexualiteit: Rb. Luik 8 juni 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 382, noot N. DANDOY. Zie ook *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 24 november 1999, nr. 2-197/1: voorstel tot invoering van de geslachtswijziging als expliciete echtscheidingsgrond. Het voorstel is erop gericht om ambtshalve ontbindingen van het huwelijk te vermijden. De partners moeten ingevolge het voorstel vrij kunnen kiezen of ze het huwelijk al dan niet voortzetten na de doorvoering van een geslachtswijziging.

Bepaalde auteurs (o.m. L. VAN DE WIELE en K. SCHATTEMAN, *l.c.*, 180) menen dat in een nieuwe echtscheidingsgrond moet worden voorzien, aangezien het enerzijds niet wenselijk is dat de transseksuele partner die te goeder trouw zijn partner inlichtte, een schuldechtscheiding wordt aangewreven en het anderzijds niet wenselijk is om te vereisen dat de andere partner de toenmalige wachttermijn van vijf jaar zou uitzitten, met het oog op een echtscheiding op grond van vijf jaar feitelijke scheiding. De suggestie bestaat in een opname van de grond in art. 232 B.W., gekoppeld aan een feitelijke scheiding van twee jaar. De suggestie is in zijn concrete vorm inmiddels achterhaald, aangezien de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding bij Wet van 16 april 2000 algemeen is teruggebracht tot een wachttermijn van twee jaar.

<sup>64</sup> De procedure van de verbetering werd in het verleden ten onrechte toegepast: er is immers nooit een vergissing opgetreden: het geslacht is *gewijzigd*.

<sup>65</sup> C.I.E.C.-Verdrag nr. 29 van 12 september 2000 betreffende de erkenning van beslissingen die een geslachtsverandering vaststellen, in C.I.E.C., *Conventions et Recommandations, Suppl.*, 319. Vooral nog slechts ondertekend door Duitsland, Griekenland, Nederland en Oostenrijk. De erkenning heeft slechts betrekking op geslachtswijzigingen die zijn aangegaan door een onderdaan of gewoonlijke verblijfhouder in de Staat van toekenning. De betrokken Staten kunnen een erkenning evenwel weigeren in het licht van de openbare orde (art. 2 Verdrag). Hierover: K. UYTTERHOEVEN, "Het CIEC-Verdrag nr. 29 van 12 september 2000 betreffende de erkenning van beslissingen die een geslachtsverandering vaststellen", *F.J.R.* 2002, 168-172.

transseksuelen om hun (juridische) geslachtsaanduiding in de geboorteakte te laten aanpassen aan hun werkelijke en biologische, m.n. door een geslachtsoperatie biologisch gewijzigde, geslacht<sup>66</sup>.

De uitspraak stelt een eind aan een reeks van zaken waarbij het Hof geen schending van art. 8 en 12 E.V.R.M. aannam, bij gebrek aan gemeenschappelijke Europese noemer<sup>67</sup>.

Anno 2002 kon het Hof deze stelling niet langer aanhouden, nu meerdere interne wetten van Europese Lidstaten, zoals de Zweedse<sup>68</sup>, Duitse<sup>69</sup>, Italiaanse<sup>70</sup>, en Nederlandse<sup>71</sup> wet, in de jaren '70 en '80 reeds tussenkwamen in de materie<sup>72</sup>. Ook het V.K., Noorwegen, Oostenrijk en Spanje voorzien in een administratieve procedure tot wijziging van de geslachtsregistratie<sup>73</sup>. In België wordt sinds 1986 door rechtspraak zo goed als unaniem bevestigd dat transseksuelen over een vordering van staat beschikken, waardoor hun geslachtsverandering gerechtelijk kan worden vastgesteld<sup>74</sup>. Hun geboorteakte wordt in dat geval gewijzigd met

<sup>66</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Goodwin t. V.K., Grote kamer, 11 juli 2002, nr. 28957/92, § 104; Hof Mensenrechten 11 juli 2002, arrest-I. t. V.K., nr. 25680/94, *onuitg.*, *internet*, § 84. Tot op vandaag verhinderen de wetgevingen van het V.K., Ierland, Andorra en Albanië een juridische verandering van het geslacht.

<sup>67</sup> Hof Mensenrechten, 30 juli 1998, *N.J.C.M.* 1999, 241; Hof Mensenrechten, arrest-Cossey van 27 september 1990, *Serie A*, nr. 184, § 46; Hof Mensenrechten 30 juli 1998, arrest Sheffield en Horsham t. VK, *R.U.D.H.* 1998, 253, §§ 66-67; Hof Mensenrechten, arrest-Fretté t. Frankrijk van 12 juni 2001, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 711, noot D. VAN GRUNDERBEECK. Meer rechtspraak in: H. MOCK, "Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8 C.E.D.H.) à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle", *R.U.D.H.* 1998, 237-246. Hierover ook M. LEVINET, "La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. D.H.* 1999, 646-672. Zie evenwel E.C.R.M., zaak-Cossey, nr. 10843, 9 mei 1989, §§ 45-47 en E.C.R.M. nr. 7654/76, zaak-van Oosterwijck, 1 maart 1979, § 59: het biologische geslacht kan in het licht van art. 12 E.V.R.M. niet worden gekoppeld aan de mogelijkheid om zich voort te planten. In zoverre dat wél gebeurt, is art. 12 E.V.R.M. geschonden. Na het arrest-Cossey lijkt de Commissie zich tijdelijk bij het standpunt van het Hof te hebben neergelegd (D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 188, noot 171, met verwijzing naar E.C.R.M. nr. 11095/84, W. t. V.K., 7 maart 1989, *D&R* 63, § 40; E.C.R.M. nr. 21830/93, zaak X., Y. en Z. t. V.K. van 1 december 1994, *onuitg.*, § 2), om later niettemin een aantal zaken in dit verband opnieuw door te verwijzen naar het Hof: E.C.R.M. nr. 25680/94, zaak-I. t. V.K. van 27 mei 1997, *onuitg.* en E.C.R.M. nr. 28957/95, zaak-Goodwin t. V.K. van 1 december 1997, *onuitg.*

<sup>68</sup> Wet van 21 april-1972, *Svensk Forfattningsamling* 9 mei 1972, nr. 119.

<sup>69</sup> Transseksuellengesetz BRD 10 september 1980, *Bundesgesetzblatt* 1980, I, 1654.

<sup>70</sup> Legge 14 Aprile 1982, N. 164, Il disitto di Famiglia et delle Persone, *Gazzetta Ufficiale* 19 april 1982, 725, m.b.t. de procedure en bepaling van de rechtsgevolgen, o.m. desgevallend de niet-retro-actieve ontbinding van het huwelijk, van de "rectificazione di attribuzione di sesso".

<sup>71</sup> Art. 28 N.B.W., ingevoegd bij wet 24 april 1985, *Stb.* 243, 17.297, overigens met I.P.R.-regeling: een beroep op de Nederlandse regeling is mogelijk vanaf wettig verblijf sinds minstens een jaar.

<sup>72</sup> Zie ook art. 28 Turks B.W. nr. 743, ingevoegd bij wet van 11 mei 1988.

<sup>73</sup> L. VAN DE WIELE en K. SCHATTEMAN, "De erkenning als rechtsbeginsel van het recht op geslachtswijziging door de Belgische rechtspraak", *R.W.* 1997-98, 177; R. GARCIA GARCIA, "El matrimonio imposible? La transexualidad y el derecho a contraer matrimonio", Universidad Autónoma de Madrid, *onuitg.* paper.

<sup>74</sup> O.m. Rb. Brussel 23 januari 1985 en 16 april 1986, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 283 en 290; Rb. Neufchâteau 14 januari 1987, *J.L.M.B.* 1987, 354; Antwerpen 27 april 1988, *R.W.* 1988-89, 614, noot A.V.; Antwerpen 29 juni 1988, *Pas.* 1989, II, 12, noot A.K.; Rb. Mechelen 19 april 1990,



inwerkingtreding vanaf de datum van overschrijving van de gerechtelijke uitspraak<sup>75</sup>.

### - Voortaan ook een wijziging van de geboorteakte in de loop van een huwelijk mogelijk?

44. Zolang een verbod op homohuwelijken gold, kon het geslacht van een gehuwd persoon slechts worden gewijzigd na huwelijksontbinding<sup>76</sup>.

Het feit dat uit het huwelijk kinderen waren geboren stond op zich een geslachtswijziging niet in de weg<sup>77</sup>. Deze kon na huwelijksontbinding zonder verdere voorwaarden worden doorgevoerd. Het voorbehoud had m.a.w. louter betrekking op de geslachtsvereiste in het huwelijksrecht.

---

*T.B.B.R.* 1991, 172; Rb. Mechelen 31 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 510-513, noot J. GERLO; Rb. Leuven 18 juni 1990, *onuitg.*; Rb. Gent 19 december 1991, *T.G.R.* 1992, 147 (het recht op bescherming van het privé-leven geeft recht op de aanpassing van de juridische identiteit aan de gewijzigde elementen van de persoonlijkheid); Gent 26 maart 1992, *Pas.* 1992, II, 44; Brussel 7 april 1992, *Pas.* 1992, II, 49; Rb. Turnhout 12 november 1992, *Turnh. Rechtsl.* 1992, 157 (in beide laatstgenoemde uitspraken werd overigens expliciet verwezen naar de Europese resolutie van 1989); Rb. Mechelen 17 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 889, noot K. UYTTERHOEVEN; Rb. Bergen 1 december 1999, *J.L.M.B.* 2000, 821. Hierover: J. PAUWELS, noot onder Rb. Mechelen 17 juni 1975, *R.W.* 1975-76, 873; K. VAN DE WIELE en K. SCHATTEMAN, "De erkenning als rechtsbeginsel van het recht op geslachtswijziging door de Belgische rechtspraak", *R.W.* 1997-98, 175-183; G. VERSCHULDEN, "Juridische geslachtswijziging van een gehuwde transseksueel in nationaal en internationaal perspectief", *R.W.* 1999-2000, 257-262. In de zin van een jurisprudentieel recht op juridische geslachtswijziging: A. HEYVAERT, o.c., 64; L. VAN DE WIELE en K. SCHATTEMAN, *l.c.*, 177. *Contra*: Rb. Doornik 13 januari 1986 en 19 januari 1987, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 305-311.

Voorheen was er vnl. sprake van geslachtsverbetering van inter- en soms ook transseksuelen: bv. Rb. Antwerpen 8 februari 1979, *R.W.* 1979-80, 2065, noot J. PAUWELS, die zich uitsprak pro geslachtsverbetering, maar zich expliciet kante tegen de idee van de 'transseksueel met kinderen', in tegenstelling tot o.m. S. SNELDERS en S. DE BATSELIER, *Dagboek van een transseksueel*, Antwerpen, De Nederlandsche Boekhandel, 1975, 226-228. Later werden ook vonnissen geveld die de inschrijving in het vreemdelingenregister overeenkomstig de geslachtswijziging bij in kracht van gewijsde getreden vonnis gebod: Rb. Bergen 15 november 1989, *J.L.M.B.* 1990, 1175, noot P.H. Dit werd recent evenwel geweigerd wegens voorafbestaand huwelijk: Antwerpen 27 januari 1999, *T.B.B.R.* 1999, 260.

<sup>75</sup> In een aantal gevallen ging aan de uitspraak evenwel een gerechtelijke expertise vooraf op een manier die strijdig werd bevonden met art. 8 lid 2 E.V.R.M.: Rb. Antwerpen 8 februari 1979, *R.W.* 1979-80, 2064, noot J. Pauwels; Brussel 7 april 1992, *Concl. O.M.*, *Pas.* 1992, II, 49.

<sup>76</sup> Antwerpen 27 januari 1999, *E.J.* 1999, 50, noot K. UYTTERHOEVEN, *R.W.* 1999-00, 257, noot G. VERSCHULDEN, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 89, noot Y.-H. LELEU: de vordering tot wijziging van geslacht door een gehuwd persoon is strijdig met de regel van openbare orde dat het huwelijk slechts mogelijk is tussen personen van verschillend geslacht. *Cf. infra*.

<sup>77</sup> Antwerpen 27 april 1988, *R.W.* 1988-89, 614; Rb. Dendermonde 16 oktober 1992, *onuitg.* Voor het behoud van het ouderlijk gezag levert een geslachtswijziging overigens geen problemen op, tenzij het behoud ervan *in casu* kennelijk tegen het belang van het kind zou ingaan. Dit geeft aan dat alvast niet rigied wordt vastgehouden aan het vader-moeder-model. Zie ook impliciet art. 28 N.B.W., dat slechts vereist dat de betrokkene na de geslachtswijziging geen kinderen meer kan krijgen op de wijze die zijn vroeger geslacht toeliet. Zie ook art. 28 c N.B.W.: voortbestaan van bestaande familierechtelijke betrekkingen (met expliciete verwijzing naar de band met de kinderen: C.J.J.M. STOLKER, Commentaar bij art. 28c N.B.W., in J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J.M. STOLKER en W.L. VALK (eds), *Burgerlijk wetboek, tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2001, 63). *Contra*: Rb. Gent 19 december 1991, *T.G.R.* 1992, 147.

Op grond hiervan menen we dat de instelling van het homohuwelijk niet langer beperkingen zal stellen op de mogelijkheid voor gehuwde transseksuelen om hun juridisch geslacht te laten wijzigen.

**45.** Een verbod voor transseksuelen om hun geslacht te laten wijzigen zolang ze gehuwd zijn geldt tot op vandaag in meerdere Staten, waaronder Duitsland, Oostenrijk en Turkije<sup>78</sup>.

Naar Grieks recht vervalt het huwelijk op de dag dat het vonnis tot wijziging van de geboorteakte in kracht van gewijsde gaat.

Naar Zwitsers recht werd evenwel reeds toegestaan dat een huwelijk bleef voortbestaan, ook na geslachtswijzigende operatie van één van de partners<sup>79</sup>.

Zoals we hierboven reeds aangaven m.b.t. het homohuwelijk, menen we dat de B.I.P.O.O. zich niet verzet tegen dergelijke gedoging van een huwelijk tussen personen van eenzelfde juridisch geslacht.

### **- Het recht om te huwen na wijziging van de geboorteakte**

**46.** In het arrest-*Goodwin* heeft het Hof voor de Mensenrechten uit art. 12 E.V.R.M. afgeleid dat een transseksueel na verbetering van zijn geboorteakte een huwelijk kan aangaan met een partner van het andere geslacht<sup>80</sup>.

Het Hof oordeelde dat het recht om een gezin te stichten – en m.a.w. de mogelijkheid om zich voort te planten – niet kan worden beschouwd als een voorwaarde om bescherming te genieten van het recht om te huwen. Het Hof verwees hierbij mede naar art. 9 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie waarin beide rechten van elkaar worden losgekoppeld<sup>81</sup>.

**47.** Het Hof heeft zich vermoedelijk gesteund op de vaststelling dat ter zake reeds een ruime consensus bestaat. Meerdere rechtsstelsels staan het huwelijk van een transseksueel met aangepaste geboorteakte met een persoon van juridisch verschillend geslacht reeds geruime tijd toe. Het betreft o.m. het Britse<sup>82</sup>, Duitse<sup>83</sup>, Franse<sup>84</sup>, Griekse, Nederlandse<sup>85</sup>, Oostenrijkse, Turkse, Zweedse<sup>86</sup> en

<sup>78</sup> W. SCHRAMA, "De betekenis van het E.V.R.M. voor de burgerlijke stand in de lidstaten van de CIEC", *F.J.R.* 1998, 228.

<sup>79</sup> Bezirksgericht van St. Gall 26 november 1996, *AJP (Aktuelle Juristische Praxis)* 1997, 340.

<sup>80</sup> Hof Mensenrechten 11 juli 2002, <http://www.dhcour.coe.fr>. De E.U. bewaart daarentegen tot op vandaag het stilzwijgen over deze vraag. De Europese Commissie wenst geen uitspraak te doen over het recht van transseksuelen om te huwen, omdat de E.U. ter zake niet bevoegd is: Vr. en ant. Europ. Comm., antwoord op Vr. nr. 1095/96 (Nel VAN DIJK en Claudia ROTH), *PB. C.* 1996, 280/117.

<sup>81</sup> Het Hof heeft zich niet uitgesproken over de verenigbaarheid met het E.V.R.M. van de vereiste dat huwelijkspartners van een verschillend geslacht zijn. Wél verwees het Hof naar art. 9 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie waarin beide genoemde rechten van elkaar worden losgekoppeld en waarbij een verwijzing naar het geslacht werd weggelaten. Hiermee is impliciet een opening gemaakt voor een toelaatbaarheid van het homohuwelijk.

<sup>82</sup> A. BARLOW, "W v W (Nullity: Gender) and B v B (Validity of Marriage: Transsexual) – A new approach to transsexualism and a missed opportunity?", *Child and family law quarterly (CFLQ)* 2001, 240.

<sup>83</sup> Sinds 1980. Hierover F. GRANET, "Transsexualisme, état civil, vie privée et familiale dans les

Zwitserse recht<sup>87</sup>.

48. Naar Spaans recht daarentegen geldt ter zake vooralsnog een verbod, ingesteld door de Algemene Directeur van de Registers en het Notariaat<sup>88</sup>. We menen dat deze praktijk zal moeten worden herzien in het licht van het arrest-Goodwin.

49. Het arrest is o.i. tevens relevant voor de verdere beoordeling van homoseksuele tweerelaties en van het verbod in meerdere rechtsordes voor homoseksuelen om te huwen. Met de bevestiging dat beide rechten die door art. 12 E.V.R.M. worden beschermd, kunnen worden losgekoppeld en dat het procreatiecriterium irrelevant is, wordt de vraag steeds prangender of de weigering tot op vandaag om in art. 8 en 12 E.V.R.M. een bescherming van de homoseksuele relatie als gezinsleven resp. een mogelijkheid om te huwen te lezen, nog langer gerechtvaardigd is. Het criterium van de ontstentenis van een gemeenschappelijke Europese noemer neemt steeds meer de proporties aan van een intentioneel ontsnappingsmechanisme<sup>89</sup>. Het Hof heeft overigens in het arrest-Johnston aangegeven dat het gebrek aan een gemeenschappelijke noemer niet steeds een voldoende reden vormt om te besluiten dat niet gediscrimineerd wordt<sup>90</sup>. We gaan in een volgende titel nader in op de taak die mogelijk is weggelegd voor het gelijkheidsbeginsel bij de beoordeling van de vraag of al dan niet gezinsleven tussen homoseksuelen kan worden aangenomen. Ook gaan we na op welke wijze best kan worden omgegaan met buitenlandse geregistreerde partnerschappen die gelijkaardige rechtsgevolgen

---

états membres de la CIEC", *Droit de la famille* 1998, chron. 8.

<sup>84</sup> Résol. Direction générale des registres jan. 2001. Hierover: F. GRANET, "Le transsexualisme en Europe", <http://perso.wanadoo.fr/ciec-sg/CadrEtudeTranssexualisme.htm>, 15.

<sup>85</sup> Art. 28 c N.B.W.: voortbestaan van bestaande familierechtelijke betrekkingen (met expliciete verwijzing naar het huwelijk met een persoon die voorheen van hetzelfde juridische geslacht was: C.J.J.M. STOLKER, commentaar bij art. 28c N.B.W., in J.H. NIEUWENHUIS, C.J.J.M. STOLKER en W.L. VALK (eds), *Burgerlijk wetboek, tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2001, 63).

<sup>86</sup> Sinds 1972.

<sup>87</sup> Voor Zwitserland: o.a. Departement für Inneres und Militär, Canton de St-Gall, 28 juni 1999, *Gerichts- und verwaltungspraxis des Kantons St. Gallen* (GVP-SG) 1999, nr. 100, 238, aangeh. in A. BUCHER, "Jurisprudence suisse en matière de droit international privé des personnes et de la famille", *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* (RSDIE) 2001, 210.

<sup>88</sup> W. SCHRAMA, "De betekenis van het E.V.R.M. voor de burgerlijke stand in de lidstaten van de CIEC", *F.J.R.* 1998, 228; R. GARCIA GARCIA, "El matrimonio imposible? La transexualidad y el derecho a contraer matrimonio", Universidad Autónoma de Madrid, paper in kader van IX Congreso internacional de derecho eclesiástico del estado, 2-3, met tevens een verwijzing naar een systematische weigering door Tb. Supremo 7 maart 1980, 2 juli 1987, 15 juli 1988, 3 maart 1989 en 19 april 1991. Garcia zelf pleit voor een recht voor transseksuelen om te huwen.

<sup>89</sup> O.m. I. DE HONDT, "Verdragsrechtelijk Europees Familierecht", in NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING, M.V. ANTOKOLSKAIA, W.A. DE HONDT en G.J.W. STEENHOFF, *Een zoektocht naar Europees familierecht. Pre-advies*, Deventer, Kluwer, 1999, 114; R.A. LAWSON, *Het E.V.R.M. en de Europese Gemeenschappen*, Europese Monografieën 61, Kluwer, Deventer, 1999, 51; J. SCHOKKENBROEK, "The Basis, nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *H.R.L.J.* 1998, 30.

<sup>90</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Johnston van 18 december 1986, *Serie A*, 112.

instellen als het huwelijk<sup>91</sup>.

**\* Omgang binnen het I.P.R. met buitenlandse bepalingen inzake transseksuelen**

50. De Belgische I.P.R.-rechtspraak waarover we beschikken schept alvast het beeld dat overwegend soepel wordt omgegaan met bepalingen en beslissingen die transseksuelen betreffen.

**- Een erkenning van buitenlandse vonnissen tot geslachtswijziging**

51. De Bergense rechtbank erkende in 1989 een Frans vonnis tot geslachtswijziging om op grond ervan de Belgische identiteitskaart aan te passen, terwijl op dat ogenblik naar intern recht de mogelijkheid van dergelijke wijziging nog betwist was<sup>92</sup>. De rechter liet het beginsel van de verzachte werking van de BIPOO-exceptie spelen en gebod de inschrijving van het vonnis met vermelding van het gewijzigde geslacht in het vreemdelingenregister, krachtens art. 11 B.W. en art. 627, 7° Ger. Wb.

**- Terughoudendheid bij de toekenning van een vordering tot wijziging van het geslacht aan vreemdelingen**

52. Meerdere rechtsordes met een regeling tot geslachtswijziging voor transseksuelen omschrijven het personeel toepassingsgebied ervan evenwel beperkend, soms impliciet (bv. de Belgische regeling door aanknoping bij de *lex patriae*), soms expliciet (bv. de Zweedse regeling door expliciet voorbehoud aan onderdanen<sup>93</sup>). Het Duitse Transseksuellengesetz<sup>94</sup> breidt de mogelijkheid uit tot vluchtelingen en staatlozen die hun woonplaats of gewoonlijke verblijfplaats in Duitsland hebben. De meeste Staten passen eenzelfde assimilatie toe.

53. De Italiaanse<sup>95</sup> en Turkse<sup>96</sup> wetgeving stellen geen strikte nationaliteitsvoorwaarden. Een vordering tot geslachtswijziging kan in deze Staten worden ingesteld als de geboorte er is geregistreerd. Het Nederlandse recht is nog soepeler, aangezien het louter vereist dat de betrokkene over een wettige woonplaats en rechtsgeldige verblijfstitel beschikt sinds één jaar voorafgaandelijk aan de aanvraag<sup>97</sup>. Is de geboorteakte niet ingeschreven in de Nederlandse registers van de Burgerlijke Stand, dan gelast de rechtbank een inschrijving in het geboorteregister van Den Haag.

---

<sup>91</sup> Cf. *infra*, deel 3B.

<sup>92</sup> Rb. Bergen 15 november 1989, *J.L.M.B.* 1990, 1175, noot P.H.: het Franse vonnis tot geslachtswijziging schendt de BIPOO niet. In dezelfde zin: Rb. Tongeren 2 mei 1989, *onuitg.*

<sup>93</sup> Wet van 21 april 1972, *Svensk Forfattningssamling* 9 mei 1972, nr. 119.

<sup>94</sup> Transseksuellengesetz BRD 10 september 1980, *Bundesgesetzblatt* 1980, I, 1654.

<sup>95</sup> Legge 14 Aprile 1982, *aangeh.*

<sup>96</sup> Art. 28 B.W. nr. 743, ingevoegd bij wet 11 mei 1988.

<sup>97</sup> Art. 28, 3 N.B.W., ingevoegd bij wet 24 april 1985.

Ook bepaalde Franse rechtspraak getuigt van een ruime soepelheid<sup>98</sup>. Het Parijse Hof wijzigde in 1994 de geboorteakte van een Argentijnse transseksueel in toepassing van de *lex fori*, dit overigens zonder voorafgaandelijk na te gaan wat de Argentijnse wet ter zake bepaalde. Het was het Hof er in de eerste plaats om te doen een eind te stellen aan de bestaande sociale ongelijkheid. Het interne recht van het land van verblijf werd om die reden toegepast.

**54.** Dergelijke soepelheid is o.i. aangewezen. Nu het Hof voor de Mensenrechten heeft bevestigd dat transseksuelen na een geslachtswijzigende operatie recht hebben op een juridische geslachtswijziging, komt het aan het land van verblijf toe om de eigen regeling toe te passen als de toepasselijke buitenlandse wet niet in deze mogelijkheid voorziet. De buitenlandse wet dient in het licht van de B.I.P.O.O. buiten toepassing te worden verklaard.

**55.** De C.I.E.C.-overeenkomst nr. 29<sup>99</sup> beoogt de algemene onderlinge erkenning van juridische geslachtswijzigingen die in een Verdragsstaat zijn toegewezen aan een onderdaan of gewoonlijke verblijfhouder. De uitspraak van het Hof reikt verder, aangezien het E.V.R.M. van toepassing is op iedere verblijfhouder.

**56.** We sluiten ons evenwel niet aan bij de opvatting van bepaalde auteurs dat elke Verdragsstaat aan een transseksuele verblijfhouder steeds een huwelijk moet toestaan, ook als de geboorteakte niet is gewijzigd<sup>100</sup>. Het belang om de juridische eenheid te waarborgen inzake elementen van de staat van de persoon primeert. Zolang een Verdragsstaat geen homohuwelijken toelaat, kunnen personen van een juridisch gelijk geslacht niet huwen. Eén van de partners zal voorafgaandelijk het voorwerp moeten zijn van een geslachtswijziging.

Door de internrechtelijke procedure tot geslachtswijziging open te stellen voor vreemdelingen, wordt op o.i. gerechtvaardigde en proportionele wijze tegemoet gekomen aan de doelstelling om de huwelijksvrijheid te vrijwaren. Hiervoor is geen openstelling van het huwelijk voor homoseksuelen vereist. De procedure tot geslachtswijziging stelt de transseksueel alsnog in staat om te huwen met een persoon die voorheen van hetzelfde biologische (en juridische) geslacht was.

<sup>98</sup> Paris 14 juni 1994, *Rev. crit. dr. intern. privé* 1995, 308-319, met noot Y. LEQUETTE. Zie daarentegen in 1990 nog: Cass. fr. 21 mei 1990, *Gaz. Pal.* 3-5 juni 1990, 19: een weigering is wettig, aangezien uit de vaststelling dat de betrokkene bepaalde karakteristieken van zijn oorspronkelijk geslacht is verloren nog niet volgt dat hij/zij die van het andere geslacht heeft verworven.

<sup>99</sup> C.I.E.C.-Verdrag nr. 29 van 12 september 2000 betreffende de erkenning van beslissingen die een geslachtsverandering vaststellen, *aangeh.*

<sup>100</sup> A. BUCHER, *l.c.*, 212, vindt het vreemd dat het recht om te huwen afhankelijk wordt gemaakt van het verzoek en/of de mogelijkheid om in het land van operatie de geslachtswijziging in de akten van de burgerlijke stand te laten vermelden. Een grondrecht wordt aldus zonder meer afhankelijk gesteld van een administratieve regeling in het buitenland of van de wil van de partijen om de geslachtswijziging te laten akteren. De auteur besluit tot een ongerechtvaardigd verschil in behandeling.

### - Het recht van transseksuelen om te huwen

57. Voor zover het personele recht van een transseksueel zich nog zou verzetten tegen een huwelijk met een persoon die sinds de geslachtswijziging van verschillend juridisch geslacht is, zal de Belgische ambtenaar een huwelijk in België niettemin toestaan, aangezien hij enkel uitwerking zal verlenen aan de vereiste van dat buitenlandse personele recht dat de partners van een verschillend (juridisch) geslacht zijn. Het arrest-Goodwin verleent hem een supranationaalrechtelijke grondslag om te weigeren bijkomende huwelijksverboden toe te passen. Transseksuelen hebben na verandering van de geslachtsaanduiding het recht om te huwen met een persoon van juridisch verschillend geslacht.

58. De wijze waarop wordt omgegaan met het voorafbestaande huwelijk van transseksuelen die een geslachtswijzigende operatie en een juridische geslachtswijziging hebben ondergaan, wordt o.i. bepaald door de houding die wordt aangenomen t.a.v. homohuwelijken. Mogelijk is door de afschaffing van de vereiste van een verschillend geslacht ook de vereiste van een *bepaald* geslacht komen te vervallen en kunnen interseksuelen voortaan huwen<sup>101</sup> en/of kan het huwelijk van een transseksueel ook na juridische geslachtswijziging voortbestaan.

We kunnen het laatste evenwel niet met zekerheid stellen. Een recht op homohuwelijk houdt niet noodzakelijk het recht in om een bestaand huwelijk na geslachtswijziging te laten voortbestaan. Beide situaties zijn niet vergelijkbaar: in de eerste situatie stemt de andere huwelijkspartner bewust toe in een homohuwelijk; in de tweede situatie is niet op het ogenblik van de huwelijkssluiting geopteerd voor een huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht.

Het voortbestaan van een huwelijk dat onrechtstreeks is omgezet in een homohuwelijk, schendt onze B.I.P.O.O. o.i. alvast niet automatisch. Komt de geslachtswijziging voor de andere partner onverwacht en ongewenst, dan kan deze een echtscheiding vorderen op grond van grove belediging. Met de evolutie die recent is ingezet naar een aanname van dwaling op grond van essentiële eigenschappen, is het evenwel moeilijk om te voorspellen welke houding zal worden aangenomen. Misschien zal de opvatting de overhand halen dat de geslachtsverhouding tussen de partners gedurende het huwelijk ongewijzigd moet blijven, of zal dergelijke vereiste worden bepaald op straffe van relatieve nietigheid van het huwelijk. Misschien zal de vereiste, zoals we vermoeden, inderdaad wegvallen en hoogstens als echtscheidingsgrond gelden.

Ook als het buitenlandse recht wél toelaat dat het huwelijk van een transseksueel

---

<sup>101</sup> Het nieuwe art. 143 B.W. is onduidelijk, waar het bepaalt dat "een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van hetzelfde geslacht". Hiermee lijkt impliciet te worden vereist dat het geslacht van beide partners moet kunnen worden bepaald. Zie evenwel *contra*: P. SENAËVE, "De Wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht", *E.J.* 2003, 50-61.

na juridische geslachtswijziging blijft voortbestaan, maar het homohuwelijk niet erkent, treedt o.i. niet noodzakelijk discriminatie op tussen een transseksueel en een homoseksueel. Mogelijk is de toelating om het huwelijk te laten voortbestaan erop gericht om personen tussen wie reeds gezinsleven is erkend tijdens hun heteroseksuele huwelijk (i.t.t. homoseksuelen), in de mogelijkheid te stellen om hun gezinsleven voort te zetten.

**\* *Verblijfsrecht en transseksualiteit***

**59.** Binnen het verblijfsrecht wordt geen rekening gehouden met transseksualiteit. De betrokkene wordt in zijn relatie als homo- of als heteroseksueel beschouwd, afhankelijk van de juridische geslachtsaanduiding van beide partners. De bepalingen inzake gezinshereniging op grond van huwelijk of op grond van buitenhuwelijkse samenleving zijn onverkort van toepassing.

## **D. BESLUIT**

**60.** Beide impliciete huwelijksvereisten (de vereiste dat beide partners nog leven en de vereiste dat ze van een verschillend juridisch geslacht zijn) zijn o.i. mogelijk wel van interne openbare orde, maar niet van internationaalprivaatrechtelijke openbare orde.

**61.** Aangezien de huidige heroverweging in vele rechtsordes van de vereiste van een verschillend geslacht vermoedelijk met verschillende snelheden zal gebeuren, is het aangewezen om een doordachte I.P.R.-regeling uit te werken. In dat verband menen we dat ons aanknopingsvoorstel ook hier een goed compromis kan vormen in het licht van wat redelijkerwijze verwacht kan worden in situaties van gestabiliseerde migratie of de intentie daartoe.

**62.** M.b.t. het homohuwelijk hebben we evenwel een versoepeling ervan voorgesteld, enerzijds voor wat betreft de erkenning van buitenlandse homohuwelijken, anderzijds voor wat betreft de sluiting van homohuwelijken in België.

Het is o.i. aangewezen om een buitenlands homohuwelijk in België te erkennen zodra het geldig is ontstaan in toepassing van de *lex loci celebrandi*, behoudens bij bewijs van *fraude à la loi*.

Zolang een I.P.R.-Verdrag in dit verband de internationale beslissingsharmonie niet in goede banen leidt, is het o.i. aangewezen om rechtsverhoudingen die inmiddels reeds zijn ontstaan en die onze B.I.P.O.O. niet schenden, te erkennen. Het risico op een hinkende rechtspositie heeft zich hoedanook reeds gerealiseerd.

We hebben deze oplossing voorheen reeds meermaals gesuggereerd m.b.t. buitenlandse huwelijksbeletselen waarvan een overtreding geen inbreuk vormt

op onze openbare orde<sup>102</sup>.

Opdat een homohuwelijk in België zou kunnen worden *aangegaan*, menen we dat genoeg kan worden genomen met de bevinding dat één van de partners in toepassing van zijn personeel recht (*cf.* ons aanknopingsvoorstel) een homohuwelijk kan aangaan.

Dit voorstel is een strenge versie van de Nederlandse I.P.R.-regeling. Enerzijds sluiten we ons aan bij de keuze van de Nederlandse wetgever om via een soepele I.P.R.-regeling toe te laten dat nationaliteitsgemengde homohuwelijken worden aangegaan. Anderzijds menen we dat het risico op een hinkende rechtspositie, ook al is dat risico met een soepele I.P.R.-regeling hoedanook groot, toch enigszins moet worden ingeperkt. Dergelijke inperking streven we na door een homohuwelijk slechts toe te laten als minstens één van de partners een hechte band heeft met een rechtsorde die homohuwelijken erkent.

**63.** Bij toelating of erkenning van een homohuwelijk, ontstaat een *recht* op gezinshereniging, onder dezelfde voorwaarden als voor heteroseksueel gehuwden.

**64.** Een bijkomend gevolg van een toelating van homohuwelijken is dat elke homoseksuele relatie, ongeacht of ze in een huwelijk wordt gegoten, beschermd kan worden als gezinsleven, onder dezelfde voorwaarden als een heteroseksuele relatie.

Een homoseksueel ongehuwd koppel geniet de bescherming van art. 8 E.V.R.M. en kan in dat verband minstens in het licht van de *elsewhere approach*, en naar ons voorstel ook in het licht van de *connections approach*, verzoeken om een machtiging tot gezinshereniging.

**65.** Zolang slechts in een beperkt aantal Staten een homohuwelijk kan worden aangegaan, menen we dat het is aangewezen om een machtiging tot het verblijf met het oog op de sluiting van een homohuwelijk te verlenen, binnen de grenzen van de *elsewhere approach*, m.n. telkens als de betrokkenen nergens anders terecht kunnen voor een huwelijksluiting.

**66.** De wijze waarop wordt omgegaan met het voorafbestaande huwelijk van transseksuelen die een geslachtswijzigende operatie en een juridische geslachtswijziging hebben ondergaan, wordt o.i. bepaald door de houding die wordt aangenomen t.a.v. homohuwelijken. Mogelijk is door de afschaffing van de vereiste van een verschillend geslacht ook de vereiste van een *bepaald* geslacht komen te vervallen en kunnen interseksuelen voortaan huwen<sup>103</sup> en/of kan het

<sup>102</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 4 (buitenlandse beletselen), randnrs 36 e.v.

<sup>103</sup> In deze zin: P. SENAËVE, "De Wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht", *E.J.* 2003, 50-61. Het nieuwe art. 143 B.W. is o.i. evenwel onduidelijk, waar het bepaalt dat "een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van hetzelfde geslacht". Hiermee lijkt impliciet te worden vereist dat het geslacht van beide partners moet kunnen worden bepaald.



huwelijk van een transseksueel ook na juridische geslachtswijziging voortbestaan.

**67.**We besluiten deze titel met de bedenking dat een I.P.R.-Verdrag ter harmonisering van het I.P.R. in dit verband is aangewezen, minstens zodra in meerdere rechtsordes niet langer bezwaar rijst tegen homohuwelijken.

## HOOFDSTUK 6. VORMVEREISTEN VOOR HET HUWELIJK EN DE OMGANG BINNEN HET I.P.R. MET BUITENLANDSE LOUTER RELIGIEUZE HUWELIJKEN EN HUWELIJKEN DIE ZIJN AANGEGAAN IN EEN NAAR BELGISCH RECHT ONBEKENDE VORM

### A. INLEIDING

#### A.1. VERANTWOORDING VAN HET ONDERZOEK NAAR DE VORMVEREISTEN

1. De huwelijkssluiting is een vormelijk gebeuren en onderscheidt zich hiermee van het ontstaan van een feitelijke samenleving. Uit de hiernavolgende bespreking zal blijken dat tot op vandaag streng wordt omgegaan met de vervulling van vormvereisten voor het huwelijk. Een verklaring hiervoor kan worden gevonden in de belangrijke rol die de vorm van de huwelijkssluiting en de publiciteit van het huwelijk vervullen bij de controle van de naleving van de grondvereisten om te huwen<sup>1</sup>.

2. We gaan na in hoeverre vreemdelingen, rekening houdend met hun concrete situatie, effectief in de mogelijkheid worden gesteld om een huwelijk aan te gaan in België.

Ten eerste speelt de *vervulbaarheid van de Belgische vormvoorwaarden bij huwelijkssluiting in België* daarbij een belangrijke rol. We staan enerzijds stil bij de wijze waarop wordt omgegaan met de vereiste om de bij wet bepaalde documenten voor te leggen. Heeft de wetgever geanticipeerd op moeilijkheden die al dan niet rechtstreeks zijn verbonden met de specifieke (verblijfs)situatie van de vreemdeling? Hoe gaat de rechter om met onvoorziene omstandigheden? Anderzijds gaan we na of er mogelijk problemen rijzen wat betreft de verenigbaarheid van grondvereisten in de *lex patriae* van de betrokkene met een vervulling van de Belgische vormvereisten (bv. de vereiste van een religieuze huwelijkssluiting, de vereiste vertegenwoordiging door een huwelijksvoogd).

Ten tweede geven de criteria op grond waarvan de *erkenbaarheid van een in het buitenland gesloten huwelijk* wordt beoordeeld aan in welke mate geldige buitenlandse huwelijken, vaak aangegaan door of met vreemdelingen, daadwerkelijk op het vlak van de erkenning een gelijke behandeling genieten als geldige Belgische huwelijken, tenzij gerechtvaardigde gronden zich daartegen verzetten. De

<sup>1</sup> M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, 15.

regeling inzake het bewijs van een buitenlands huwelijk vervult daarbij een signaalfunctie. Laat een buitenlandse wet zogenaamd vormloze<sup>2</sup> huwelijken toe en wordt aangenomen dat de vorm van de huwelijksluiting wordt bepaald door de *lex loci celebrandi*, dan volgt hieruit dat een persoon die in die Staat een zogenaamd vormloos huwelijk is aangegaan in de mogelijkheid moet worden gesteld om aan te tonen dat zijn huwelijk geldig is, ook al kan hij geen huwelijksakte voorleggen. De vraag is vervolgens op grond van welke elementen hij het bewijs kan leveren van het bestaan van een huwelijk, opdat enerzijds de buitenlandse huwelijksvorm effectief in België zou kunnen worden erkend en anderzijds er voldoende waarborgen zouden bestaan dat er *in casu* effectief sprake is van een huwelijk (zie bv. de problematiek van leugenachtige getuigenissen, cf. m.b.t. de akte van bekendheid, ter vervanging van een ontbrekende geboorteakte).

De voltrekking van een huwelijk in België en de erkenning in België van een in het buitenland aangegaan huwelijk wordt, zoals gezegd, beoordeeld op grond van de vervulling van de grondvereisten én de vormvereisten voor het huwelijk. Ook het onderzoek van de vormvereisten en van de omgang met huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan op een wijze die naar Belgisch recht niet mogelijk is, is daarom van rechtstakoverschrijdend belang. De concrete invulling die aan de vormvereisten wordt verleend, is bepalend voor de toelating en de erkenning van een huwelijk en bijgevolgd voor de rechtspositie van de betrokkenen in het hele juridische landschap: zowel in het familierecht als in het verblijfsrecht, het arbeidsrecht en nog steeds in sterke mate in het sociale zekerheidsrecht.

3. Centraal in de volgende bespreking staat de vraag of de concrete vormvereisten die naar Belgisch recht en I.P.R. worden gesteld gerechtvaardigd zijn in het licht van het recht om te huwen en van het gelijkheidsbeginsel.

In eerste orde zullen we nagaan of de vereiste dat specifieke documenten worden voorgelegd bij de aangifte van het huwelijk het recht om te huwen voor bepaalde vreemdelingen niet ernstig bemoeilijkt m.b.t. een aantal documenten.

Daarna zullen we nagaan in hoeverre de Belgische vormvereisten worden aangevuld met vereisten die naar buitenlands recht als grondvereiste voor het huwelijk worden gekwalificeerd, maar inhoudelijk eerder betrekking hebben op de wijze van huwelijksvoltrekking.

Vervolgens zullen we stilstaan bij de vormvereisten voor de huwelijksvoltrekking in België en bij de vraag of de vereiste van een burgerlijke huwelijksvoltrekking is gerechtvaardigd in het licht van de doelstelling om internationale beslissingsharmonie te bereiken.

Tenslotte behandelen we de vraag naar de erkenning van buitenlandse huwelijken. Onze aandacht zal daarbij voornamelijk uitgaan naar de vraag in hoeverre

---

<sup>2</sup> Elk huwelijk wordt in een bepaalde vorm aangegaan. We hebben het hier over huwelijken die naar vorm vrij kunnen worden aangegaan, waarbij geen wettelijke vormvereisten zijn nageleefd.

zogenaamd vormloze en louter religieuze huwelijken effectief worden erkend in België, welke bewijsvereisten daartoe worden gesteld en in hoeverre die vereisten een evenwicht bieden tussen de eerbiediging van het recht om te huwen en de doelstelling om fraude te voorkomen.

## A.2. HET AANKNOPINGSCRITERIUM

4. In het I.P.R. wordt de vormelijke geldigheid van het huwelijk, zoals gezegd, beoordeeld in toepassing van de *lex loci celebrationis*. De ambtenaar sluit het huwelijk op de wijze die de wet van het land van huwelijkssluiting aangeeft. De enige uitzondering op deze regel betreft de verwijzing naar de *auctor regit actum*-regel bij consulaire huwelijkssluiting. Het is evenwel slechts een schijnbare afwijking: het consulaat en de ambassade maken deel uit van vreemd grondgebied. De wetten van de Zendstaat worden toegepast. Ook bij een consulaire huwelijk speelt m.a.w. de *lex loci*-regel. Het wetsvoorstel voor een I.P.R.-wetboek handhaaft deze regel<sup>3</sup>.

Bepaalde auteurs<sup>4</sup> nemen deze schijnbare uitzondering niettemin als uitgangspunt om een veralgemeende facultatieve toepassing van de *locus regit actum*-regel te bepleiten, in navolging van o.m. de Italiaanse, Spaanse en Griekse familiewet<sup>5</sup>, en tevens ruimte te laten voor een toepassing van de (gemeenschappelijke<sup>6</sup>) personele wet.

Dergelijk keuzerecht is tevens reeds ingesteld in andere rechtsstelsels, zij het onder bepaalde voorwaarden. De Duitse wet kent een facultatief karakter toe aan de *lex loci*-regel mits geen van de partners Duits onderdaan is en de wet van één van beide partners een religieuze viering vereist<sup>7</sup>.

In andere rechtsordes wordt gepleit voor andere verzachtingen op de *lex loci*-regel. Bepaalde auteurs staan geen facultatieve aanknopingsregel voor, maar

<sup>3</sup> Art. 47 Wetsvoorstel houdende het Wetboek van internationaal privaatrecht, *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2-1225/1, 1 juli 2002.

<sup>4</sup> H. BATIFFOL en P. LAGARDE, o.c., II, 1983, nr. 425 (verwijzen naar het algemeen erkend facultatief karakter van de *locus regit actum*-regel in het *contractenrecht* (m.n.: keuze tussen de *lex loci* en de wet die toepasselijk is op de grond van de handeling)); Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL (1980) en (2001), nr. 292; C. LABRUSSE, noot onder Tb. Paris 7 april 1981, *J.C.P.* 1983, II, 19.984; J. VINCENT en A. PONSARD, *J. Cl. Dr. int.*, nr. 546B, 113. Een pleidooi voor een exclusieve toepassing van de personele wet, wegens de accessoire aard van de huwelijksvorm, lezen we bij V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, Paris I, doct., 1974, nr. 282. Voorheen werd naar Frans I.P.R. een alternatieve aanknopingsregel aangenomen bij huwelijkssluiting in het buitenland. Aan dit gebruik is evenwel een eind gesteld door Cass. fr. 15 juni 1982, *R.C.D.I.P.* 1983, 300, kritische noot H. BATIFFOL.

<sup>5</sup> Art. 26 inleidende bepalingen j° art. 115 Italiaanse C.C.; art. 49-50 Spaanse C.C. (zowel onderdanen als vreemdelingen hebben een optierecht sinds 1981); art. 13, § 1 tweede lid Grieks B.W. (sinds wet van 5 april 1982); voor Duitsland: F. GAMILLSCHEG, o.c., 412. Zie ook art. 7 Verdrag Den Haag 1902. Hierover o.m. ook E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. des Cours* 1995, 155.

<sup>6</sup> De vereiste dat beide partners in dat geval dezelfde nationaliteit hebben, geldt o.m. naar Italiaans recht.

<sup>7</sup> Art. 13, derde lid E.G.B.G.B. (sinds 1986).

zien wél een plaats weggelegd voor een toepassing van de *renvoï*techniek<sup>8</sup>. Het Franse Hof van Cassatie heeft reeds *renvoi* naar de personele wet aanvaard<sup>9</sup>.

5. Beide I.P.R.-technieken laten toe dat een religieus huwelijk wordt gesloten op het grondgebied van een seculiere Staat, mits de personele wet van één van de partners dit toelaat.

Wij menen daarentegen dat het in het licht van de rechtszekerheid en eenvoudigheid gerechtvaardigd is om een voorafgaande burgerlijke sluiting te blijven vereisen bij elke huwelijkssluiting op eigen grondgebied. Het consulaire huwelijk biedt vandaag reeds in bepaalde hypothesen<sup>10</sup> een voldoende alternatief om te waarborgen dat het huwelijk geldig is in alle betrokken rechtsordes. Een verruiming van de mogelijkheid om een consulaire huwelijk aan te gaan, zou toelaten dat ook in gevallen waar dat vandaag nog niet mogelijk is een consulaire huwelijk de internationale beslissingsharmonie waarborgt<sup>11</sup>.

## **B. BESPREKING VAN DE VORMVEREISTEN BIJ HUWELIJKSSLUITING IN BELGIË EN DE VRAAG NAAR HUN RECHTVAARDIGING**

### **B.1. INLEIDING**

6. Zoals gezegd, gaan we in deze titel vooreerst (B.2.c) na of de vereiste dat specifieke documenten worden voorgelegd bij de aangifte van het huwelijk het recht om te huwen voor bepaalde vreemdelingen niet ernstig bemoeilijkt m.b.t. een aantal documenten. Is dat het geval, dan voeren we een toetsing door van de evenredigheid van middel en doel van de vereiste. Vooreerst gaan we na of de informatie die uit het vereiste document moet blijken effectief noodzakelijk is om na te gaan of een huwelijk kan worden toegestaan. Is het antwoord op deze vraag positief, dan gaan we vervolgens na of het document werkelijk het enige is dat de vereiste informatie kan verstrekken. Is dat niet het geval, dan kan tot onevenredigheid van de vereiste worden besloten en dient de vreemdeling de mogelijkheid te worden geboden om de informatie a.h.v. een ander document te ver-

<sup>8</sup> O.m. H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", *Recueil des cours* 1991, I, 185-200, sp. 187.

<sup>9</sup> Cass. fr. 15 juni 1982, *R.C.D.I.P.* 1983, 300, noot J.M. BISCHOFF: religieus huwelijk in Italië tussen twee joodse Syriërs geldig bevonden, na toepassing van *renvoi* door de Italiaanse wet naar de Syrische wet. Impliciete verwerping facultatief karakter *locus regit actum*regel. Hierover o.m. H. BATIFFOL en P. LAGARDE, o.c., II, 1983, nr. 425.

<sup>10</sup> Een huwelijkssluiting in dergelijke vorm is weliswaar niet in alle hypothesen mogelijk. Met het oog op het vinden van een evenwicht tussen internationale beslissingsharmonie en nationale belangen zullen we deze hypothesen onderzoeken op hun rechtvaardiging. We zullen evenwel hoogstens een verruiming van het personele toepassingsgebied van de regeling bepleiten. Een evenwichtige regeling tot toelating van consulaire huwelijkssluitingen kan o.i. een voldoende opvangnet vormen ter voorkoming van hinkende huwelijken. Het komt evenwel aan alle Zendstaten afzonderlijk toe om te oordelen of ze het consulaire huwelijk openstellen voor gemengde koppels.

<sup>11</sup> Cf. *infra*, o.m. randnr. 238.

strekken. In het licht van deze vraagstelling naar de proportionaliteit van de vereiste zullen we alle formaliteiten voor de huwelijksaangifte achtereenvolgens bespreken en evalueren.

In ondertitel B.2.d. zullen we vervolgens nagaan in hoeverre de Belgische vormvereisten worden aangevuld met vereisten die naar buitenlands recht als grondvereiste voor het huwelijk worden gekwalificeerd, maar inhoudelijk eerder betrekking hebben op de wijze van huwelijksvoltrekking. We zullen achtereenvolgens stilstaan bij de vereiste om een certificaat van vervulde militieplicht voor te leggen, de vereiste om een certificaat van huwelijksbekwaamheid voor te leggen, de vereiste om een certificaat van overheidsinstemming met het huwelijk voor te leggen, de vereiste om een medisch attest voor te leggen en de vereiste om de huwelijksplannen ook voorafgaandelijk in het herkomstland aan te geven.

7. In ondertitel B.3. staan we nader stil bij vormvereisten waaraan de uiteindelijke huwelijksvoltrekking wordt onderworpen.

## **B.2. VORMVEREISTEN VOORAFGAAND AAN DE HUWELIJKSSLUITING: DE AANGIFTE VAN HET HUWELIJK**

### **B.2.A. INLEIDING**

8. Een voorgenomen huwelijksvoltrekking moet worden aangegeven, op straffe van relatieve nietigheid<sup>12</sup>. Deze vereiste figureert tevens in het Huwelijks toestemmingsverdrag<sup>13</sup>. De Algemene Vergadering van de C.I.E.C. lijkt evenwel niet in te stemmen met de huidige kwalificatie ervan als geldigheidsvereiste voor het huwelijk: "de huwelijksvoltrekking mag niet ondergeschikt gemaakt worden aan voorafgaande publicaties"<sup>14</sup>.

9. Van de aangifteplicht kan naar Belgisch recht slechts worden afgeweken na vrijstelling door de procureur des Konings van het gerechtelijk arrondissement waarin de verzoekers voornemens zijn te huwen of door de diplomatieke agent die ze aanspreken en dit uitsluitend om gewichtige redenen (bv. een huwelijk *in extremis*)<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Art. 191 B.W. vermeldt de titularissen van de vordering tot nietigverklaring van het huwelijk op genoemde grond. Zie daarentegen Grenoble 5 september 2001, *Juris-data*, nr. 2001-159490, *JCP* 2002, IV, 1556: slechts nietigheid wegens gebrek aan afkondiging mits dat intentioneel gebeurde. *In casu* gebeurde dit niet intentioneel. Het huwelijk is geldig.

<sup>13</sup> Art. 1 Huwelijks toestemmingsverdrag: de huwelijks toestemming wordt uitgedrukt na "due publicity".

<sup>14</sup> Punt 7 Aanbeveling nr. 2 Algemene Vergadering C.I.E.C. m.b.t. het huwelijksrecht, 8 september 1976.

<sup>15</sup> Art. 165 § 2 eerste en tweede lid B.W. De vrijstelling van aangifte doet geen afbreuk aan de mogelijkheden die de ambtenaar van de burgerlijke stand heeft m.b.t. de voltrekking van het huwelijk: hij kan nog steeds de voltrekking weigeren of uitstellen op grond van art. 167 B.W.: Verslag namens de Commissie voor de Justitie, uitgebracht door de heer LANDUYT en mevr. HERZET inzake wetsontwerp tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk en wetsvoorstel VANDENHAUTE e.a. tot instelling van een preventieve regeling ter bestrijding van de schijnhuwelijken (hierna afgekort: Verslag Kamercommissie), *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr.

De vereiste is ingegeven door de doelstelling om na te gaan of er geen beletsen rijzen tegen het voorgenomen huwelijk. Deze doelstelling geldt evenzeer t.a.v. Belgen als t.a.v. vreemdelingen. Voor zover eenieder in beginsel en *in concreto* in de mogelijkheid wordt gesteld om een huwelijksaangifte te laten akteren, rechtvaardigt de doelstelling de inspanning die van de huwelijkskandidaten wordt gevergd.

We gaan vervolgens na of deze mogelijkheid *in abstracto* – m.n. wat betreft de toegang tot de regeling – en *in concreto* – m.n. inhoudelijk, wat betreft de formaliteiten die voor de aangifte vervuld moeten worden – voldoende is gewaarborgd.

### B.2.B. RECHTVAARDIGING IN ABSTRACTO VAN DE AANGIFTEPLICHT

10. Sinds de wet van 4 mei 1999 volstaat aangifte door één partner en bij één enkele instantie<sup>16</sup>. Beide partners hoeven m.a.w. niet noodzakelijk in België te verblijven op het ogenblik van de aangifte. Meer nog, voortaan is uitdrukkelijk bepaald dat de partner die in België verblijft niet noodzakelijk over een legaal verblijfsstatuut moet beschikken<sup>17</sup>. Heeft geen van de aanstaande echtgenoten een inschrijving in het bevolkings-, vreemdelingen- of wachtregister, dan kan de aangifte gebeuren bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de actuele verblijfplaats van één van de echtgenoten<sup>18</sup>.

11. Het subsidiaire criterium van de actuele verblijfplaats om de *ratione loci* bevoegde ambtenaar aan te duiden, stelt een eind aan de jarenlange controverse binnen de rechtspraak over de vraag of een vreemdeling met illegaal verblijf zijn huwelijk in België kon laten afkondigen. De vroegere afkondigingsregeling verwees nl. naar de 'woonplaats of verblijfplaats'<sup>19</sup>. Meermaals is de vraag gerezen of daarmee de wettelijke of de feitelijke verblijfplaats werd bedoeld. Ongeacht het al dan niet geveinsde karakter van het huwelijk hebben meerdere ambtenaren van de burgerlijke stand geweigerd om een huwelijk af te kondigen omdat de betrokkene niet was ingeschreven in het vreemdelingenregister. Bepaalde rechters hebben deze ambtenaren in hun weigering gesteund<sup>20</sup>. Bepaalde auteurs meen-

---

1991/3, 26. De aangifte is in beginsel slechts zes maanden geldig. Is het huwelijk niet binnen die termijn gesloten, dan moet een nieuwe aangifte gebeuren. De termijn kan evenwel worden verlengd, hetzij door de P.K. bij ernstige redenen (art. 165, § 2, tweede en derde lid B.W.), hetzij door de rechter in het kader van de opheffing van een onterecht verzet tegen het huwelijk of bij de opheffing van een weigering door de ambtenaar van de burgerlijke stand om het huwelijk te voltrekken (art. 165, § 3 B.W.).

<sup>16</sup> Terwijl onder de vroegere wetgeving het huwelijk moest worden afgekondigd in de gemeente van de woonplaats of de verblijfplaats van elk van de kandidaat-echtgenoten (art. 4 W. 26 december 1891, B.S. 31 december 1891).

<sup>17</sup> Feitelijk verblijf in België volstaat voor een aangifte door de betrokkene op het grondgebied: Brussel 15 mei 1997, *weergeg. in* [http://www.cass.be/cgi\\_juris](http://www.cass.be/cgi_juris)).

<sup>18</sup> Art. 63 B.W.

<sup>19</sup> Art. 4 W. 26 december 1891, B.S. 31 december 1891.

<sup>20</sup> Rb. Brussel 30 juli 1996, *J.T.* 1997, 348; Rb. Antwerpen A.R.K. 57.436, 22 maart 1996, *onuitg.*; Rb. Antwerpen A.R.K. 55.332, 17 november 1994, *onuitg.*; Antwerpen 2 februari 1993, *De Burg. St.* 1993, 539-541 (een Ghanees die illegaal in België verbleef, werd in uitvoering van art. 27

den dat een afkondiging t.b.v. kandidaat-vluchtelingen ten vroegste kon plaatsvinden na verstrekking van een attest van immatriculatie, en nog niet onmiddellijk na de eerste vermelding in het wachtregister<sup>21</sup>.

12. De vroegere term 'woonplaats' is in de huidige aangifteredeling verlaten. Feitelijk verblijf in België volstaat voortaan voor een aangifte door de betrokkene op het grondgebied. Door deze toevoeging wordt het recht op huwelijk dat vervat ligt in art. 12 E.V.R.M. beter gewaarborgd: het huwelijk wordt niet geblokkeerd omwille van een onmogelijkheid tot aangifte.

13. Voorheen gold tevens als regel dat indien de woonplaats op het ogenblik van de afkondiging niet gedurende tenminste zes maanden onafgebroken dezelfde was gebleven, de afkondiging moest worden aangevuld met een bijkomende afkondiging in de gemeente van de vorige woonplaats<sup>22</sup>. Deze regeling was discriminatoir t.a.v. een kandidaat-vluchteling of -apatride, die immers geacht wordt geen beroep te *kunnen* doen op het land waarvan hij de nationaliteit bezit of waar hij vroeger zijn gewone verblijfplaats had<sup>23</sup>. De voorwaarde kon door de genoemde categorieën van vreemdelingen niet vervuld worden, vormde t.a.v. hen dan ook een disproportionele huwelijksvereiste en schond art. 12 E.V.R.M. en het gelijkheidsbeginsel<sup>24</sup>.

14. De nieuwe bepaling heeft niet als gevolg dat de controle van de huwelijksbetelselen aan efficiëntie zou moeten inboeten. Indien één van de aanstaande echtgenoten of beiden op de dag van de opmaak van de akte van aangifte niet staan ingeschreven in het bevolkings-, vreemdelingen- of wachtregister van de gemeente waar de akte van aangifte is opgemaakt of er hun actuele verblijfplaats

---

Vreemdelingenwet, opgesloten. Hierdoor kon zijn voorgenomen huwelijk met een Belgische niet voltrokken worden. De door art. 63 B.W. (huwelijksafkondiging) voorgeschreven formaliteiten konden niet vervuld worden); Kort Ged. Antwerpen 14 oktober 1991, *T. Vreemd.* 1994, 133; Rb. Antwerpen A.R.K. 38.920, 26 februari 1987, *onuitg.* *Contra*: Omz. Minister van Buitenlandse Zaken 31 oktober 1923, *aangeh.* in J. DE BURLET, *Traité de l'Etat civil, II, Les relations internationales*, Brussel, Larcier, 1987, nr. 1525; Brussel 15 mei 1997, *T. Vreemd.* 1997, 428, noot, J.L.M.B. 1998, 1208, noot C. PARIS; Rb. Antwerpen A.R. nr. 96/15871/A, 7 april 1997, *onuitg.*; Rb. Mechelen 27 maart 1997, *T. Vreemd.* 1997, 55, noot L. WALLEYN; Kort Ged. Antwerpen 20 februari 1997, *T. Vreemd.* 1996, 382, noot; Rb. Hoei 17 februari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1577; Brussel 9 januari 1997, *T. Vreemd.* 1996, 366, noot; Brussel 22 oktober 1996, *T. Vreemd.* 1996, 389, noot; Kort Ged. Rb. Brussel 29 juli 1996, *Rev. not. b.* 1996, 463; Kort Ged. Brussel 29 mei 1996, *T. Vreemd.* 1996, 55-57; Kort Ged. Brussel 21 februari 1996, *J.T.* 1996, 802; Kort Ged. Antwerpen A.R. 49.765, 16 december 1991, *onuitg.*; Rb. Luik 23 mei 1986, *T. Vreemd.* 1986, nr. 39, 33. Zie ook Voormalig wetsvoorstel DRAPS e.a. om de huwelijksafkondiging onder te schikken aan een bewijs van legaal verblijf: *Parl. St.* Kamer nr. 1609/1-90/91. Volgens A. SAPART, "Célébration et reconnaissance des mariages d'étrangers en Belgique. Implications au niveau communal", *Rev. dr. étr.* 1996, 519, zou dergelijke beperking niet strijdig zijn met art. 12 E.V.R.M.

<sup>21</sup> A. SAPART, "Célébration et reconnaissance des mariages d'étrangers en Belgique. Implications au niveau communal", *Rev. dr. étr.* 1996, 521.

<sup>22</sup> Voormalig art. 167 B.W.

<sup>23</sup> Art. 1 Verdrag betreffende de status van vluchtelingen en bijlagen, ondertekend te Genève op 28 juli 1951, goedgekeurd bij Wet 26 juni 1953, *B.S.* 4 oktober 1953.

<sup>24</sup> Zie hierover S. D'HONDT, "De huwelijksafkondiging bij illegale vreemdelingen", *E.J.* 1997, 146-152.



niet hebben, zendt de ambtenaar van de burgerlijke stand die de akte heeft opgemaakt onmiddellijk een afschrift van de akte aan de ambtenaar van de gemeente waar ze wél staan ingeschreven of feitelijk verblijven<sup>25</sup>. Alle betrokken ambtenaren moeten vervolgens samenwerken bij het onderzoek naar mogelijke huwelijksbeletselen.

15. We kunnen concluderen dat de vereiste gerechtvaardigd is: ze is ingegeven door een doelstelling van openbare orde en is *in abstracto* (i.e. als beginsel, los van de concrete beoordeling van de inhoud van de aangifteplicht, m.a.w. van de concrete formaliteiten) alvast proportioneel, aangezien ze door eenieder kan worden vervuld.

16. We gaan hierna in op de vraag naar de *concrete* rechtvaardiging van de aangifteplicht. Sinds de Wet van 4 mei 1999 is wettelijk bepaald welke documenten bij het vervullen van de formaliteit moeten worden voorgelegd<sup>26</sup>.

### B.2.C. ONDERZOEK VAN DE NAAR BELGISCH RECHT VOOR TE LEGGEN DOCUMENTEN, IN HET LICHT VAN DE VRAAG NAAR HUN RECHTVAARDIGING IN CONCRETO

#### \* Inleiding

17. Bij wet van 4 mei 1999 is bepaald dat volgende documenten bij de huwelijksaangifte moeten worden voorgelegd: een voor eensluidend verklaard afschrift<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Art. 63 § 3 eerste lid B.W.

<sup>26</sup> Art. 64 B.W.

<sup>27</sup> Een afschrift (of eensluidend afschrift of kopie of volledig afschrift of expeditie) van een akte neemt de inhoud van de akte volledig over. Ze wordt gebruikelijk met een fotokopieermachine gemaakt. Op de fotokopie wordt de formule "eensluidend afschrift" aangebracht evenals de datum van de productie van het afschrift. Op het document moet tevens de handtekening van de ambtenaar van de burgerlijke stand die het afschrift maakte vermeld staan en moet een vermelding voorkomen aangaande het geheven recht (zegel) of de reden van vrijstelling van dit recht. Tenslotte komt op het afschrift tevens de stempel voor van de gemeente, ambassade of consulaat waar het afschrift afgeleverd werd. Afschriften worden gebruikelijk aanvaard tot drie maand na de afgifte ervan.

Een uittreksel van een akte is beknopter: het bevat enkel de essentiële elementen van de akte zoals de naam, voornaam, geboortedatum en -plaats van diegene op wie de akte betrekking heeft. In principe wordt de afstamming van de betrokkene niet in een uittreksel vermeld. Aangaande het uittreksel gelden dezelfde bepalingen als bij het afschrift omtrent de ondertekening, het zegelrecht, de datum, stempel en geldigheidsduur. In beginsel kan eenieder een uittreksel zonder afstamming bekomen van akten van de burgerlijke stand.

Bepaalde personen kunnen zowel een volledig afschrift als een uittreksel met afstamming bekomen (art. 45 B.W.). Hierover o.m. Omz. 25 mei 1998 betreffende de inwerkingtreding en de toepassing van de Overeenkomst betreffende de afgifte van meertalige uittreksels uit akten van de burgerlijke stand, en Bijlagen, gedaan te Wenen op 8 september 1976, en van het aanvullend Protocol bij de Overeenkomst inzake de internationale uitwisseling van gegevens op het gebied van de burgerlijke stand, ondertekend te Istanbul op 4 september 1958, en Bijlage, gedaan te Patras op 6 september 1989 (W. 3 april 1997, B.S. 5 maart 1998), B.S. 12 juni 1998; Overeenkomst 8 september 1976 betreffende de afgifte van meertalige uittreksels uit akten van de burgerlijke stand, B.S. 5 maart 1998; Overeenkomst van 26 september 1957 inzake kosteloze afgifte en vrijstelling van legalisatie van afschriften en uittreksels van akten van de burgerlijke stand, B.S. 27 mei 1966; Overeenkomst van 27 september 1956 betreffende de afgifte van bepaalde

van de geboorte, een bewijs van identiteit, een bewijs van nationaliteit, een bewijs van de ongehuwde staat, en in voorkomend geval van de ontbinding of nietigverklaring van de vorige huwelijken, een bewijs van inschrijving in het bevolkings-, vreemdelingen- of wachtregister en/of een bewijs van de actuele verblijfplaats, in voorkomend geval een gelegaliseerd schriftelijk bewijs uitgaande van de aanstaande echtgenoot die afwezig is bij aangifte van het huwelijk en ieder ander authentiek stuk waaruit blijkt dat in hoofde van de betrokkene is voldaan aan de door de wet gestelde voorwaarden om een huwelijk te mogen aangaan.

De regeling is hiermee in de praktijk niet noodzakelijk verstrengd ten opzichte van vroeger. Reeds voorheen verzochten immers meerdere ambtenaren van de burgerlijke stand om voorlegging van de genoemde documenten<sup>28</sup>.

**18.** De ambtenaar van de burgerlijke stand kan en moet de opmaak van de akte van aangifte weigeren indien één of meer van de genoemde documenten ontbreken voor de samenstelling van het huwelijksdossier. Hij kan en moet ook weigeren zijn ambt te verlenen indien hij van oordeel is dat de hem overgelegde stukken op onvoldoende wijze gelegaliseerd werden of indien er sprake is van duidelijk en bewezen bedrog, m.n. valse of vervalste documenten<sup>29</sup>.

We gaan zo dadelijk in op deze drie gronden. De weigeringsbevoegdheid van de ambtenaar is er in de fase van de aangifte van het huwelijk toe beperkt. Een oordeel over de vervulling van de grondvereisten voor het huwelijk kan de aangifte niet tegenhouden.

Voorheen bestond hierover geen eensgezindheid<sup>30</sup>. De huidige bevestiging dat de weigeringsmogelijkheid van de ambtenaar aan een strikte interpretatie is onderworpen, kan weliswaar een belemmering zijn voor de preventieve beteugeling

---

uittreksels uit akten van de burgerlijke stand bestemd voor het buitenland, *B.S.* 31 december 1974.

<sup>28</sup> Dit gebruik, dat niet op wettelijke gronden steunde, werd door bepaalde rechtspraak aanvaard: *Rb. Luik* 23 mei 1986, *J.L.M.B.* 1986, 421: wanneer een vreemdeling wil huwen, heeft de ambtenaar van de burgerlijke stand het recht om hem het geboortebewijs te vragen evenals inlichtingen inzake zijn woonplaats, nationaliteit, celibaat en huwelijksbekwaamheid. Zie evenwel *J. DE BURLET* (1987), I, nr. 835, die stelde dat de voorlegging van geen enkele andere akte dan het militiecertificaat mocht worden vereist, ook geen geboorteakte. *J. DE BURLET* vult aan dat een persoon die nog gehuwd was in beginsel overigens kon vorderen om reeds een nieuw huwelijk af te kondigen. Deze mogelijkheid is met de wet van 4 mei 1999 hoedanook weggefallen, nu de voorlegging van een bewijs van ontbinding van de voorgaande huwelijken wordt gevergd.

<sup>29</sup> *Omz.* 17 december 1999 inzake de wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, *B.S.* 31 december 1999; vergelijk met Verslag Kamercommissie, *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 1991/3, 18, waar gesproken wordt over stukken die 'kennelijk vals' zijn. Over de verhaalsmogelijkheden voor de huwelijkskandidaat, bij weigering door de ambtenaar om de aangifte te akteren: *S. D'HONDT* en *G. VERSCHELDEN*, "Art. 63 B.W.", in *Comm. Pers.* (2000, 16 p.).

<sup>30</sup> We sloten ons toen aan bij de stelling dat de ambtenaar van de burgerlijke stand bij vervulling van de objectieve vorm- en grondvoorwaarden voor het huwelijk en bij gebrek aan verzet vanwege de procureur des Konings, noch een appreciatiebevoegdheid, noch een recht op weigering van de huwelijksafkondiging (nu: aangifte) had en dat de toekomstige echtgenoten een subjectief recht hadden om in het huwelijk te treden. De ambtenaar is verplicht tot afkondiging (nu: aangifte), zoniet is er sprake van machtsoverschrijding, zie *Kort Ged. Luik* 9 april 1997, *T. Vreemd.* 1997, 61; *Kort Ged. Brussel* 5 juli 1996, *T. Vreemd.* 1996, 166.

van schijnhuwelijken, maar getuigt van het noodzakelijke respect voor de bevoegdheidsverdeling tussen het openbaar ministerie en de ambtenaar van de burgerlijke stand<sup>31</sup>. Het komt in de eerste plaats aan het O.M. toe om zich tegen de voltrekking van het huwelijk te verzetten. Pas als het O.M. dat nalaat, kan de ambtenaar weigeren om het huwelijk te voltrekken om redenen ten gronde.

19. We staan hierna stil bij de beoordeling van de onderscheiden vormvereisten. We gaan via rechtspraak en rechtsleer na of mogelijk soepel wordt omgegaan met de vereisten, uit *favor matrimonii*. We staan in het bijzonder stil bij de hypothese dat een bepaalde akte niet of niet zonder grote verplaatsing kan worden neergelegd en gaan na in hoeverre de wetgever een afwijking van de vereiste kan toelaten en op welke wijze hij dat best doet om enerzijds de doelstelling van de formaliteit te handhaven en anderzijds een evenwicht te handhaven tussen het doel en de middelen van de vereiste.

**\* De vraag naar de rechtvaardiging van de vereiste dat de documenten worden aangevraagd bij de autoriteit van het land van herkomst en dat ze desgevallend beëdigd worden vertaald en/of gelegaliseerd**

20. Voor alle documenten waarvan de voorlegging bij de huwelijksaangifte wordt vereist geldt de voorwaarde dat ze authentiek zijn. Daartoe moeten ze worden aangevraagd bij de autoriteit van het land van herkomst en dienen ze desgevallend beëdigd te worden vertaald en/of te worden gelegaliseerd<sup>32</sup>.

21. Deze vereisten kaderen binnen een geheel van internationale afspraken waarbij naar een evenwicht is gezocht tussen enerzijds het creëren van een voldoende waarborg inzake authenticiteit<sup>33</sup> en anderzijds een beperking van de formaliteiten waarmee de vreemdeling wordt belast.

22. De huidige regeling stelt een ongelijke behandeling in op grond van nationa-

<sup>31</sup> De Raad van State waakt over het behoud van deze bevoegdheidsverdeling: zie Advies van de Raad van State inzake wetsvoorstel-LIZIN houdende invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een artikel 171*bis* betreffende de schijnhuwelijken, *Parl. St. Senaat* 1998-99, nr. 1-512/2, 3. Zie ook: Verantwoording bij amendement nr. 7 van de heren VANDENHAUTE en BARZIN inzake wetsvoorstel VANDENHAUTE e.a. tot instelling van een preventieve regeling ter bestrijding van de schijnhuwelijken, *Parl. St. Kamer* 1998-99, 1788/4, 2.

<sup>32</sup> Omzendbrief van 17 februari 1993 betreffende de legalisatie van buitenlandse akten van de burgerlijke stand, *B.S.* 16 maart 1993. Uitgebreid over de problematiek van legalisatie: P. BOELES, *Mensen en papieren. Legalisatie en verificatie van buitenlandse documenten in "probleemlanden"*, Utrecht, Forum, 2003, 334 p.

<sup>33</sup> Het privilege dat de authenticiteit van een Belgische akte van de burgerlijke stand slechts met een vordering tot vaststelling van valsheid in geschrift kan worden weerlegd (*cf. infra*), geldt niet buiten de landsgrenzen, aangezien de Belgische autoriteiten niet verondersteld kunnen worden om zelf de handtekening en zegel van een buitenlandse akte op hun echtheid te beoordelen: J. DE BURLET (1987), nr. 1289.

Zie voor een rechtvaardiging van de vereiste: o.m. Rb. Mechelen 14 mei 1980, *R.W.* 1981-82, 1162: een vrouw voert aan dat zij de echtgenote is van een overleden Chinees. De ambassade van de Chinese volksrepubliek bevestigt het bestaan van het huwelijk en de geboorte van twee kinderen. Er wordt geoordeeld dat de legalisatie van het stuk door de Kanselarij noodzakelijk is alvorens ten gronde kan worden geoordeeld

liteit. Deze wordt evenwel gerechtvaardigd door de zopas genoemde doelstelling. Met Staten waarvan de administratie betrouwbaar wordt bevonden en vaak tevens voldoende vergelijkbaar is met de Belgische administratie inzake burgerlijke stand, is een overeenkomst getroffen tot wederzijdse erkenning van akten van de burgerlijke stand en bepaalde andere documenten<sup>34</sup>. Ontbreekt een *a priori* vertrouwen, dan treedt geval per geval de legalisatieprocedure in werking en wordt de echtheid van het document nagegaan.

**23.** De vraag is vervolgens of de stappen die moeten worden gezet om de legalisatie te bekomen de vreemdeling niet indirect op ongerechtvaardigde wijze beperken in zijn recht om te huwen.

<sup>34</sup> Samengevat genieten akten van volgende Staten volledige vrijstelling van enige formaliteit om de echtheid aan te nemen: Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Hongarije, Ierland, Israël, Italië, het voormalige Joegoslavië (Bosnië-Herzegovina, Kroatië, Macedonië, Slovenië), Luxemburg, Monaco, Nederland, Oostenrijk, Turkije, het V.K., Zweden en Zwitserland.

In toepassing van art. 25 Verdrag van Genève en art. 25 Staatlozenverdrag bepaalt art. 57/6, eerste lid, 4° Vreemdelingenwet dat het Belgische Commissariaat-Generaal voor Vluchtelingen en Staatlozen in België documenten bezorgt aan erkende vluchtelingen en staatlozen. Deze vreemdelingen zijn bijgevolg eveneens vrijgesteld van enige legalisatieverplichting.

Authentieke documenten die zijn afgegeven in volgende Staten (geen consulaire akten van hun posten!) zijn slechts onderworpen aan een apostilleverplichting: Argentinië, Australië, Bulgarije, China, Croatië, Cyprus, Estland, Finland, Griekenland, Hong Kong<sup>34</sup>, Japan, Letland, Litouwen, Macao, Malta, Mexico, Nieuw Zeeland, Noorwegen, Panama, Portugal, Roemenië, Rusland, Sint-Lucia, Sint-Vincent en de Grenadines, Slowakije, Spanje, Suriname, Tsjechië, Venezuela, V.S., Wit-Rusland en Zuid-Afrika.

Voorts bepaalt de Belgisch-Poolse overeenkomst van 11 februari 1972, B.S. 5 februari 1974, dat het Poolse consulaat in Brussel de eerste legalisatie kan doen, zodat het document niet naar Polen hoeft te worden teruggezonden.

Hierover: m.b.t. akten van de burgerlijke stand: Omz. 9 januari 1897, aangeh. in J. DE BURLET (1987), nr. 1539; ruimer, ook m.b.t. o.m. notariële akten: art. 25 Verdrag van Genève en art. 25 Staatlozenverdrag; Omz. 17 februari 1993 betreffende de legalisatie van buitenlandse akten van de burgerlijke stand, B.S. 16 maart 1993; Verdrag van Den Haag van 5 oktober 1961 tot afschaffing van het vereiste van legalisatie van buitenlandse openbare akten en tot invoering van het gebruik van de vereenvoudigde procedure van het apostille, goedgekeurd bij Wet van 5 juni 1975, B.S. 7 februari 1976 (voor een opsomming van betrokken Staten: zie <http://www.hcch.net/e/status/stat12e.html>); Verdrag van Parijs van 27 september 1956 betreffende de afgifte van bepaalde uittreksels van akten van de burgerlijke stand, goedgekeurd bij Wet van 17 juli 1974, B.S. 31 december 1974; Verdrag van Luxemburg van 26 september 1957 betreffende de kosteloze afgifte van uittreksels uit akten van de burgerlijke stand en de vrijstelling van legalisatie, Goedgekeurd bij Wet van 13 mei 1966, B.S. 27 mei 1966; Overeenkomst van Wenen van 8 september 1976 en de overeenkomst van 27 september 1956 stellen eveneens onderdanen van de Verdragsstaten vrij van legalisatie; art. 8 CIEC-Overeenkomst van 8 september 1976 inzake de afgifte van meertalige uittreksels van akten van de burgerlijke stand en Aanvullend Protocol bij de Overeenkomst inzake internationale uitwisseling van gegevens op het gebied van de burgerlijke stand, ondertekend te Istanbul op 4 september 1958, en Bijlage, gedaan te Patras op 6 september 1989, goedgekeurd bij wet van 3 april 1997, B.S. 5 maart 1998; CIEC-Overeenkomst van 27 september 1956 betreffende de aflevering van sommige uittreksels van akten van de burgerlijke stand bestemd voor het buitenland, aangenomen bij wet van 18 juli 1974, B.S. 31 december 1974. Zie ook de bilaterale verdragen met Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Hongarije, Ierland, Italië, Israël, Italië, het voormalige Joegoslavië (Bosnië-Herzegovina, Kroatië, Macedonië, Slovenië), Luxemburg, Monaco, Nederland, Oostenrijk, Turkije, het V.K., Zweden en Zwitserland (opgesomd in een ministerieel schrijven van 28 oktober 1985; authentieke akten die in deze Staten zijn afgegeven zijn evenmin aan een apostilleverplichting onderworpen).

### **- De vereiste om de documenten in het buitenland op te vragen**

**24.** We menen alvast dat voldoende flexibiliteit aan de dag wordt gelegd om het de vreemdeling mogelijk te maken om zijn document in het buitenland op te vragen.

Vreemdelingen die in België willen huwen, kunnen vaak vanuit België om een afschrift verzoeken bij de autoriteit van hun herkomstland. Ofwel bekomen ze het document dankzij de inspanningen van de diplomatieke post van hun herkomstland in België, ofwel verzoeken ze een gevolmachtigde in hun herkomstland om een afschrift op te vragen en dat aan de Belgische diplomatieke post te bezorgen die het legaliseert en vervolgens overmaakt aan de Dienst Legalisatie van het Ministerie van Buitenlandse Zaken in Brussel<sup>35</sup>.

Een huwelijk van vreemdelingen in België zal m.a.w. vaak kunnen plaatsvinden zonder verplichte voorafgaande verplaatsingen naar het buitenland.

### **- De vereiste dat de documenten worden vertaald**

**25.** Ook de vereiste dat documenten worden vertaald als ze in een andere taal zijn opgesteld dan de taal van de streek waar de autoriteit is gevestigd waaraan ze worden voorgelegd, is o.i. gerechtvaardigd. De ambtenaar van de burgerlijke stand kan een vertaling overigens ook vereisen van Belgen m.b.t. een document dat in België in een andere landstaal is opgesteld<sup>36</sup>. In dat opzicht is geen sprake van een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit.

De vereiste steunt op het belang om de inhoud van het document met zekerheid te kunnen achterhalen. De ambtenaar bepaalt vrij of er een beëdigde vertaling aan het anderstalige document moet worden toegevoegd<sup>37</sup>. Vooralsnog is niet voorzien in een verhaalmogelijkheid voor vreemdelingen die menen dat een concrete vereiste om te vertalen niet gerechtvaardigd is en onnodige kosten met zich brengt<sup>38</sup>. Het is aanbevolen om ter zake naar een evenwicht te zoeken. De VLAVABBS meent dat een document dat in één van de landstalen is opgesteld steeds zonder meer zouden moeten worden aanvaard<sup>39</sup>. Daartegen kan worden ingebracht dat vele ambtenaren het Engels beter beheersen dan het Duits.

---

<sup>35</sup> Zo ook kan een Belg met huwelijksplannen in het buitenland vanuit dat land een afschrift aanvragen bij de Belgische autoriteiten, d.m.v. de techniek van de (onderhandse) volmacht: CD-Rom 'Handboek voor de diplomatieke zendingen en consulaire posten van het koninkrijk België', ministerie van Buitenlandse Zaken; A. ROLAND en T. WOUTERS, *Guide pratique de l'officier de l'état civil en Belgique*, Brussel, Larcier, 1963, 119.

<sup>36</sup> De ambtenaar mag in beginsel zowel bij de opstelling van akten van de burgerlijke stand als bij zijn contact met vreemdelingen uitsluitend de taal van zijn gebied hanteren: art. 12, eerste lid en 13 § 1 gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken, B.S. 2 augustus 1966. De taalwetgeving vereist evenwel niet dat de ambtenaar slechts gebruik zou maken van documenten die in de taal van zijn taalgebied zijn opgesteld, maar laat hem ter zake het vrije oordeel: G. VERSCHOLDEN, "Art. 64 B.W.", in *Comm. Pers.* (2000), 9-10.

<sup>37</sup> Verslag Kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1991/3, 19.

<sup>38</sup> Dit wordt betreurd door G. VERSCHOLDEN, *l.c.*, 10.

<sup>39</sup> E. MEULDERS, "Huwelijksafkondiging wordt aangifte van het huwelijk", *De Burg. St.* 1999, 70.

De vertaling dient te gebeuren door een beëdigd vertaler of door een persoon/instelling die in het land als gelijkwaardig beschouwd wordt (*i.e.* voor België een Belgische diplomatieke of consulaire post)<sup>40</sup>.

Een gelijkaardige regeling geldt in onze buurlanden<sup>41</sup>. De vereiste vervult, zoals gezegd, een dermate belangrijke functie dat haar rechtvaardiging niet betwist wordt.

### **- De vereiste dat de documenten worden gelegaliseerd**

**26.** Vele buitenlandse documenten zijn aan de legalisatieplicht onderworpen<sup>42</sup>. Een legalisatie van buitenlandse documenten<sup>43</sup> levert het bewijs dat een bepaalde akte daadwerkelijk uitgaat van de buitenlandse overheid waarvan wordt beweerd dat ze de akte heeft opgesteld. Het bewijs wordt gevormd door een opeenvolging van legalisaties van handtekeningen, waarbij elke ambtenaar de handtekening van zijn voorganger bevestigt<sup>44</sup>. Het sluit geen erkenning in van de inhoud van de akte, maar louter een bevestiging van de echtheid ervan<sup>45</sup>.

Ook de legalisatie hoeft niet noodzakelijk door de betrokkene zelf te worden aangevraagd. Opnieuw is hiermee o.i. voorzien in een evenwicht tussen het belang van de formaliteit en de betrachting om de vreemdeling niet af te remmen in de uitoefening van zijn recht om te huwen.

Elke post dient zelf te bepalen welke handtekeningen zij rechtstreeks zelf zal legaliseren. Daarbij moet ze evenwel rekening houden met lokale regelgeving en

<sup>40</sup> Interne instructies ministerie van Buitenlandse Zaken, CD-ROM 'Handboek voor de diplomatieke zendingen en consulaire posten van het koninkrijk België'.

<sup>41</sup> Zie o.m. F. JAULT-SESEKE (1996), 100, m.b.t. Frankrijk.

<sup>42</sup> O.m. Omz. 13 maart 1980 betreffende de geldigheid van afschriften en uittreksels van huwelijk, opgemaakt door buitenlandse diplomatieke of consulaire overheden, *B.S.* 18 maart 1980: bestaat er ernstige twijfel omtrent de authenticiteit ervan, dan moeten ook deze akten worden gelegaliseerd door het ministerie van Buitenlandse Zaken; Omz. van 17 februari 1993 betreffende de legalisatie van buitenlandse akten van de burgerlijke stand, *B.S.* 16 maart 1993.

<sup>43</sup> Over de legalisatie van buitenlandse documenten is in de Belgische rechtsleer zo goed als geen bespreking te vinden. We hebben ons voor de hiernavolgende bespreking grotendeels gesteund op de interne instructies op de CD-ROM 'Handboek voor de diplomatieke zendingen en consulaire posten van het koninkrijk België' van het ministerie van Buitenlandse Zaken.

<sup>44</sup> Merk op: steeds meer Staten laten een elektronische ondertekening toe: zie bv. Belgische wet van 20 oktober 2000 tot invoering van het gebruik van telecommunicatiemiddelen en van de elektronische handtekening in de gerechtelijke en de buitengerechtelijke procedure, *B.S.* 22 december 2000, ter aanvulling van art. 1322 B.W.

<sup>45</sup> Art. 2 van het Haagse Verdrag van 5 oktober 1961 tot afschaffing van het vereiste van legalisatie van buitenlandse openbare akten, het zgn. Apostilleverdrag, definieert de legalisatie als volgt: "onder legalisatie wordt uitsluitend verstaan de formaliteit waarbij de diplomatieke of consulaire ambtenaren van het land op welks grondgebied de akte moet worden voorgelegd, een bevestigende verklaring afgeven omtrent de echtheid van de handtekening, de hoedanigheid waarin de ondertekenaar van het stuk heeft gehandeld en, in voorkomend geval, de identiteit van het zegel of de stempel op het stuk".

gebruiken<sup>46</sup>. Teneinde de lange (en door het Ministerie van Buitenlandse Zaken zelf als 'dure' benoemde<sup>47</sup>) legalisatieprocedure in te korten, beveelt het Ministerie van Buitenlandse Zaken de posten aan om specimens te verzamelen van handtekeningen die geregeld gelegaliseerd moeten worden. Er worden m.a.w. inspanningen geleverd om de legalisatie vlot en snel te laten verlopen.

Een ambtenaar kan bovendien een niet-gelegaliseerde akte van de burgerlijke stand aanvaarden bij hoogdringendheid, wanneer de akte authentiek lijkt te zijn<sup>48</sup>.

27. Gezien o.m. de bepaling van een algemene vrijstelling van legalisatie of van een versoepeling van de controle op de echtheid tot een apostilleplicht m.b.t. meerdere buitenlandse documenten, de mogelijkheid om met een volmacht te werken en de rationalisatie van de controles is de vereiste alvast *in abstracto* (theoretisch) gerechtvaardigd. We staan vervolgens stil bij de vraag of het praktisch steeds mogelijk is om een legalisatie te bekomen.

Enkel de authentieke stukken en de eensluidende afschriften van openbare akten kunnen worden gelegaliseerd. Een gewone (foto)kopie die geen formule van eensluidendheid draagt, komt niet in aanmerking. Het eensluidend afschrift moet afgegeven zijn door een bevoegde autoriteit die het origineel bewaart. Deze vereiste is logisch, aangezien de legalisatie erop gericht is de echtheid van een officieel document te bevestigen. Is er geen officieel document voorhanden, dan zal naar een andere oplossing moeten worden gezocht: de overhandiging van een vervangende akte, door een officiële, bevoegde instantie.

Ook al slaat de legalisatie enkel op de vormelementen van de akte, er mag geen twijfel bestaan over de realiteit van zijn inhoud. Voor de controle daarvan wordt een beroep gedaan op vertrouwensadvocaten of op een instantie waarvan de betrouwbaarheid boven elke verdenking staat.

Ook deze controle is ingegeven door gerechtvaardigde belangen. Er rijst sinds meerdere jaren evenwel kritiek op het systeem van de raadpleging van vertrouwensadvocaten. De juistheid van hun verklaringen zou soms te wensen overlaten<sup>49</sup>. Mede om die reden zou de Belgische ambassade/consulaat in bepaalde landen (m.n. Kongo, Nigeria en Pakistan) systematisch elk verzoek tot legalisatie

---

<sup>46</sup> In bepaalde landen zullen meerdere voorafgaande legalisaties noodzakelijk zijn, bv. achtereenvolgens door de ambtenaar van de burgerlijke stand, het ministerie van Justitie, het ministerie van Buitenlandse Zaken en de Belgische post. De legalisatie door de post moet ten slotte bevestigd worden door een legalisatie op de Dienst Legalisatie van de Directie-Generaal Consulaire Zaken in Brussel.

<sup>47</sup> Zie CD-ROM 'Handboek voor de diplomatieke zendingen en consulaire posten van het koninkrijk België' van het ministerie van Buitenlandse Zaken.

<sup>48</sup> A. ROLAND en T. WOUTERS, o.c., nr. 685.

<sup>49</sup> Dit blijkt uit getuigenissen, o.m. uitgaande van een ambtenaar van het ministerie van Buitenlandse Zaken, op de studiedag van 6 juni 2001 van het Instituut voor Vreemdelingenrecht en Rechtsantropologie, K.U. Leuven, over de nieuwe Nationaliteitswet.

afwijzen<sup>50</sup>. Meerdere rechters, waaronder de Raad van State, zijn hier reeds tegen opgetreden<sup>51</sup>.

**28.** Daarbuiten wordt legalisatie slechts geweigerd als de inhoud van het stuk strijdig is of zou kunnen zijn met de Belgische openbare orde. Een discretionaire weigering is mogelijk. Slechts in geval van twijfel moeten de ambtenaren om instructies verzoeken bij de Dienst Legalisatie in Brussel. Een systematische contactname met de Dienst Legalisatie bij elke weigering op grond van de openbare orde zou mogelijk te belastend zijn voor de administratie. Het huidige systeem heeft evenwel tot gevolg dat bepaalde Belgische ambassades in het buitenland vreemdelingen lang laten wachten op stukken of de afgifte ervan zonder ernstige motivering weigeren. Bepaalde rechters, waaronder de Raad van State, hebben reeds gepoogd om hierin tussen te komen<sup>52</sup>. De rechter in kort geding mag de legalisering niet gelasten, maar kan het Ministerie van Buitenlandse Zaken ertoe verplichten een standpunt in te nemen via een met redenen omklede beslissing.

<sup>50</sup> Dit probleem werd ons meegedeeld door een aantal advocaten en blijkt tevens uit o.m. Kort Ged. Luik 24 september 1997, *T. Vreemd.* 1998, 63: "De rechter in kort geding mag de legalisering niet gelasten, maar hij moet verweerder ertoe verplichten een standpunt in te nemen via een met redenen omklede beslissing, aangezien het hier over een objectieve verplichting gaat, waarmede in hoofde van verzoekster een objectief recht overeenstemt" (de Belgische ambassade in Kinshasa had ongemotiveerd geweigerd om de geboorteakte van de kinderen van een Belgische vrouw te legaliseren, met het oog op gezinshereniging). Over de praktijk van de legalisatie en de mogelijke weigeringsgronden is recentelijk binnen de Nederlandse rechtsleer een kritische bijdrage verschenen: B.K. OLIVIER, "Legalisatie en verificatie. Twee onafhankelijke gebieden in de wereld van het recht", *Migrantenrecht* (Ndl.) 2000, 160-164.

De angst voor fraude zou vooral groot zijn m.b.t. Pakistaanse en Congolese akten: M. NYS (2002), 216, met verwijzing naar *Vr. en Antw.* Senaat 1996-97, vraag nr. 75 van 29 augustus 1996, 1416 (ANCIAUX); *Vr. en Antw.* Kamer 1996-97, vraag nr. 162 van 9 september 1996, 7125 (DE DONNEA). *Vr. en Antw.* Senaat 1996-97, vraag nr. 75 van 29 augustus 1996, 1416 (ANCIAUX): een weigering steunt vaak op een vermoeden van schijnhuwelijk. Volgens M. NYS (2002), 217, vormt een weigering op die grond misbruik van recht. Slechts bij vervalsing van het document is een weigering gerechtvaardigd.

Zie ook deel 2C, randnr. 169, m.b.t. gelijkaardige problemen in enkele Maghreblanden.

<sup>51</sup> Cf. *infra*, volgende voetnoot.

<sup>52</sup> Telkens in het licht van een verzoek om gezinshereniging: R.v.St. nr. 86.808, 18 april 2000, <http://www.raadvst-consetat.be>: de weigering tot legalisatie van de tussen de verzoekers gesloten huwelijksakte schendt art. 62 Vreemdelingenwet en art. 2 en 3 Wet Motivering Bestuurshandelingen, aangezien ze geen enkel motief bevat, zodat niet wordt uitgelegd waarom de legalisatie van de huwelijksakte wordt geweigerd; Rb. Luik 24 september 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1220, *Rev. dr. étr.* 1997, 385, *T. Vreemd.* 1998, 63: "De gerechtelijke overheid behoudt de rechtsmacht om een einde te maken aan de feitelijkheid, die voor de Staat erin bestaat geen officieel standpunt in te nemen aangaande een ingediende aanvraag, namelijk *in casu* een bij de Belgische ambassade te Kinshasa ingediende aanvraag tot legalisering van geboorteakten van kinderen, met het oog op een gezinshereniging bij hun Belgische moeder. Het geschil slaat uiteindelijk op de draagwijdte van de formaliteit die de legalisering is. De legalisering heeft als enig doel te doen zeggen dat de geboorteakten inderdaad conform zijn met de originelen en door de erin vermelde personen werden ondertekend. Het komt de Dienst Vreemdelingenzaken - of nog de procureur des Konings - toe te oordelen of de gelegaliseerde stukken al dan niet het bewijs aanbrengen dat de kinderen inderdaad volgens de Belgische wet de kinderen van verzoekster zijn. De rechter in kort geding mag de legalisering niet gelasten, maar hij moet verweerder ertoe verplichten een standpunt in te nemen via een met redenen omklede beslissing, aangezien het hier over een objectieve verplichting gaat, waarmede in hoofde van verzoekster een objectief recht overeenstemt".



Deze tussenkomst biedt voorsnóg een onbevredigende correctie op een eerste zwakke schakel in de regeling. De concrete toepassing van de legalisatievereiste vormt vandaag voor bepaalde vreemdelingen een ongerechtvaardigde rem op hun recht om te huwen.

**29.** De kosten van een legalisatie worden in beginsel doorgerekend aan de verzoeker. De legalisatierechten die worden geheven door het Ministerie van Buitenlandse Zaken worden bepaald door de wet van 30 juni 1999 houdende het tarief der consulaire rechten. Daarnaast kunnen kosten worden aangerekend voor een eventuele buitenlandse consulaire legalisatie<sup>53</sup>.

Er is evenwel voorzien in een vrijstelling, o.m. bij behoefte<sup>54</sup>. Ook op financieel vlak is m.a.w. gedacht aan de mogelijkheid *in abstracto* voor eenieder om een legalisatie te bekomen en zijn documenten in België erkend te zien.

**30.** Wél zou, bij wijze van laatste opmerking, naar het voorbeeld van de Nederlandse regeling<sup>55</sup>, kunnen worden overwogen om een stuk systematisch vrij te stellen van legalisatie als een gelegaliseerd stuk betreffende hetzelfde rechtsfeit en met dezelfde inhoud en vorm al eens eerder is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Hetzelfde geldt m.b.t. akten van bekendheid. Een akte die reeds is gehanteerd in het kader van een nationaliteitsverklaring of naturalisatieverzoek, kan binnen de huidige regeling later niet opnieuw dienst doen in het kader van een huwelijk of omgekeerd. Op deze regel wordt o.i. terecht kritiek geformuleerd<sup>56</sup>.

**\* De erkenning van buitenlandse documenten: onderzoek naar hun authenticiteit**

**- Een gerechtvaardigde erkenningsregeling vereist dat het bewijsrecht van de *lex loci* wordt toegepast**

**31.** Het bewijs van de staat van een persoon kan worden geleverd met een akte van de burgerlijke stand, een openbare akte of een private akte, opgesteld in de

<sup>53</sup> CD-ROM 'Handboek voor de diplomatieke zendingen en consulaire posten van het koninkrijk België', Ministerie van Buitenlandse Zaken.

<sup>54</sup> Hierover o.m. J. DE BURLET (1987), nr. 1530 en nr. 1093; A. ROLAND en TH. WOUTERS, o.c., nr. 767. Bij de brief of de nota waarmee hij bij de Dienst Legalisatie een document van de burgerlijke stand aanvraagt voor een behoefte, voegt de ambtenaar een bewijs van behoefte opgemaakt door de bevoegde plaatselijke autoriteit en wegens behoefte kosteloos door de ambtenaar zelf gelegaliseerd, ofwel, indien dit bewijs onmogelijk kan worden bekomen, bevestigt hij in zijn brief of nota aan de Dienst Legalisatie de staat van behoefte van de belangstellende, na een onderzoek te hebben ingesteld.

<sup>55</sup> Omz. 12 januari 2000 aan de ambtenaren van de burgerlijke stand en de ambtenaren van de gemeentelijke basisadministratie, Stc. 24 augustus 2000. De regeling is verder uitgewerkt door TBV 2000/3 van 11 februari 2000 voor vluchtelingen en 2000/9 van 1 mei 2000 voor vreemdelingen met wettig verblijf. De akte zelf moet in Nederland wel nog worden voorgelegd: R.v.St. Ndl. 16 maart 2000, J.V. 2000, 104. Hierover: J.A. KROES, "Legalisatie en verificatie: een overzicht", M.R. (Ndl.) 2001, 4-10.

<sup>56</sup> Cf. *infra*.

vorm die het land van opstelling voorschrijft<sup>57</sup>.

**32.** Slechts als de bewijskracht van een akte wordt bepaald a.h.v. de wet van de Staat waar ze is afgeleverd, onder voorbehoud van twijfel omtrent de echtheid of geloofwaardigheid van de opgenomen feiten<sup>58</sup>, wordt gewaarborgd dat de vreemdeling een bewijs kan leveren van elk element van zijn rechtspositie dat in die Staat is gewijzigd. Een toepassing van het bewijsrecht van de *lex fori* kan daarentegen, m.n. als hij strengere bepalingen vooropstelt, tot gevolg hebben dat het element van de burgerlijke Staat niet kan worden bewezen of dat de betrokkene meerdere administratieve stappen moet ondernemen om een officiële bevestiging ervan te krijgen die wél als bewijsmiddel wordt aanvaard.

**33.** Ongeacht of de akte waarvan de beoordeling voorligt al dan niet een akte van de burgerlijke stand is, bestaat tot op vandaag evenwel geen duidelijkheid over welke wet de bewijskracht ervan bepaalt.

Het bewijs van een akte die geen akte van de burgerlijke stand is gebeurt volgens meerdere auteurs louter in toepassing van de *lex fori*<sup>59</sup>. De bewijskracht die in het land van opstelling aan bv. een *affidavit*<sup>60</sup> of een notariële akte van bekendheid wordt toegekend, wordt niet in aanmerking genomen.

We kunnen met deze zienswijze niet instemmen. Wél menen we dat van de toepasselijkheid in beginsel van de *locus*-regel in een concreet geval kan worden afgeweken als er twijfels rijzen omtrent de echtheid van de akte. Zijn er evenwel geen twijfels, dan menen we dat buitenlands recht dat een bepaalde akte eenzelfde bewijskracht verleent als de officiële akte moet worden toegepast. Ook naar Belgisch recht bestaan immers dergelijke bepalingen. Neemt de Belgische rechter aan dat een persoon in de onmogelijkheid verkeert om een afschrift van zijn geboorteakte voor te leggen, dan kan een gehomologeerde akte van bekendheid die akte vervangen. Wij verwachten dat de akte van bekendheid in het buitenland eenzelfde bewijskracht als een geboorteakte wordt verleend. In dezelfde zin kan een vreemdeling verwachten dat aan de *affidavit* de bewijskracht wordt verleend die geldt in toepassing van zijn personele recht.

Het Parijse Hof heeft in 1930 anders geoordeeld m.b.t. een attest van echtscheiding dat door een Russische ambtenaar van de burgerlijke stand was overhandigd aan een Russische jood die ermee wilde aantonen dat hij uit de echt was gescheiden door een *rabbijn* in het oude Russische Rijk<sup>61</sup>. Het Hof oordeelde dat

<sup>57</sup> Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1999, nr. 274.

<sup>58</sup> Cass. fr. 12 november 1986, *D.* 1987, 157, noot J. MASSIP; Cass. 14 juni 1983, *R.C.D.I.P.* 1984, 316, noot B. ANCEL; Cass. 29 november 1994, *R.C.D.I.P.* 1995, 543, noot G. DROZ; Cass. fr. 13 oktober 1986, *R.C.D.I.P.* 1987, 131, noot REVILLARD.

<sup>59</sup> G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 377; H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), II, 544; P. MAYER (1994), 310 en 397. Zie ook m.b.t. buitenlandse akten van de burgerlijke stand: Brussel 31 januari 1961, *Pas.* 1962, II, 137.

<sup>60</sup> Soort van getuigenverklaring. Een *affidavit* vormt in India een geldig vervangingsdocument voor de geboorteakte t.b.v. verlaten kinderen: informatie Dienst Vreemdelingenzaken.

<sup>61</sup> Paris 26 juli 1930, *J.D.I.* 1934, 107. Recentere rechtspraak in dit verband is ons niet bekend.

ondanks de toepasselijkheid van de *lex loci actus* men tevergeefs opwierp dat een document voldoende bewijswaarde heeft volgens de buitenlandse wet, als de instantie die in Frankrijk hoort te oordelen niet overtuigd kan worden door de akte. Het Hof oordeelde dat een persoon die een echtscheiding inroept, de akte zelf van die echtscheiding moet voorleggen.

Art. 26 § 1 van het ontwerp van I.P.R.-codex steunt ons evenwel in onze opvatting: "een buitenlandse authentieke akte die uitvoerbaar is in de Staat waar zij is opgesteld, wordt in België ten uitvoer gelegd na uitvoerbaar te zijn verklaard door de rechtbank van eerste aanleg indien de geldigheid ervan wordt vastgesteld overeenkomstig het krachtens deze wet toepasselijke recht. De akte moet voldoen aan de voorwaarden die, volgens het recht van de Staat waar zij is opgesteld, nodig zijn voor de echtheid ervan". De bepaling schept expliciet ruimte voor de bewijsbepalingen van de *lex loci* en ondersteunt hiermee de voorgestelde ruimere visie.

**34.** We kunnen ons evenwel nog beter vinden in een voorstel tot alternatieve aanknoping bij de *lex loci* en de *lex fori*<sup>62</sup>. Dergelijke alternatieve aanknoping getuigt van 'respect des légitimes prévisions des parties', eerbied voor de redelijke verwachting van de partijen. Ze vergemakkelijkt overigens de bewijsvoering<sup>63</sup> zonder dat daarbij wordt afgeweken van gekende bewijstechnieken.

Het voorstel geniet evenwel nog geen algemene steun. Art. 19, tweede lid, 1° Haags verdrag van 1 maart 1954 betreffende de burgerlijke rechtsvordering, art. 19, 2, 1° Haags verdrag van 1905<sup>64</sup> en art. 11, 3° Belgisch-Frans verdrag van 8 juli 1899 blijven ongewijzigd wat hun exclusieve verwijzing naar de *lex fori* betreft. Bepaalde auteurs<sup>65</sup> zweren eveneens bij de huidige aanknoping. Art. 14-2 Europees Overeenkomstenverdrag van 19 juni 1980<sup>66</sup> is evenwel mogelijk een eerste aanwijzing van een evolutie ter zake. Bepaalde auteurs menen overigens dat de *lex fori* ter zake exclusieve bevoegdheid heeft<sup>67</sup>.

**35.** Het tussenvoorstel van ANCEL om een keuze te laten tussen beide bewijs-systemen, mits de buitenlandse akte in het land van opstelling een equivalente rol vervult als een akte van de burgerlijke stand in de rechtsorde waarin hij wordt

<sup>62</sup> In die zin: C. PAMBOUKIS (1993), 207; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 377; V. DELAPORTE, o.c., 385. *Contra*: F. RIGAUX, *I.c.*, R.C.D.I.P. 1961.

In Frankrijk wordt dergelijke alternatieve aanknopingsmethode reeds toegepast: zie o.m. Cass. fr. 12 februari 1963, *D.* 1963, 325, noot G. HOLLEAUX.

<sup>63</sup> Dit verdrag is sinds het verdrag van 1954 evenwel nog slechts van toepassing in de verhoudingen met IJsland: J. ERAUW, *Bronnenboek*, nr. 515.

<sup>64</sup> Dit zou de voornaamste strekking zijn in Duitsland: F. RIGAUX, *I.c.*, R.C.D.I.P. 1961.

<sup>65</sup> Goedgekeurd bij wet van 14 juli 1987, B.S. 9 oktober 1987.

<sup>67</sup> V. DELAPORTE, o.c., nrs 208-211; P. MAYER (1994), 308; F. RIGAUX, *I.c.*, R.C.D.I.P. 1961, 1; F. RIGAUX, *Rép. Dalloz dr. int.*, "Acte", nrs 165 en 167. Zie bv. ook art. 509 Franse code de procédure civile; Cass. fr. 14 juni 1983, R.C.D.I.P. 1984, 316, noot B. ANCEL (erkenning via assimilatie aan een Franse akte).

ingeroepen, kan een compromis vormen<sup>68</sup>. Deze oplossing respecteert de coherentie en de homogeniteit binnen het forum, zonder adaptatieproblemen te veroorzaken<sup>69</sup>. De bewijskracht in beide Staten wordt gelijkgeschakeld. De bewijslevering kan volgens Belgisch recht gebeuren, indien dat gemakkelijker is.

### - De equivalentieleer kan de erkenningsprocedure versoepelen

**36.** Daarnaast staan we kort stil bij de praktijk binnen meerdere rechtsordes om hun erkenningsregels te versoepelen in het licht van de equivalentieleer.

Aan een buitenlands vonnis wordt in beginsel substantiële effectiviteit verleend mits de buitenlandse rechter zijn bevoegdheid niet enkel steunt op de nationaliteit van (één van) de betrokkenen, mits het recht is toegepast dat wordt aangewezen door onze verwijzingsregels of door die van de rechtsorde van het *forum*, mits geen *fraude à la juridiction* is gepleegd, mits de rechten van de verdediging zijn geëerbiedigd<sup>70</sup> en mits de gevolgen niet strijdig zijn met de openbare orde<sup>71</sup>.

Het feit dat aan het vonnis bewijskracht wordt verleend, belet niet dat nog een tegenbewijs van de inhoud ervan kan worden geleverd of dat een erkenning op andere gronden, bv. het bewijs dat de rechten van de verdediging niet zijn gerespecteerd, wordt geweigerd<sup>72</sup>.

**37.** Meerdere rechtsordes, waaronder ook de Franse, versoepelen evenwel hun erkenningsregels d.m.v. de equivalentieleer. Is niet voldaan aan de formele vereisten van de erkenningsregels, maar heeft de rechtspleging *in casu* inhoudelijk tot eenzelfde resultaat geleid als een toepassing van het door het eigen I.P.R. aangewezen recht zou hebben gedaan, dan wordt de uitspraak niettemin erkend<sup>73</sup>.

**38.** Dergelijke soepelheid wordt voor zover we weten nog niet door de Belgische I.P.R.-rechter aan de dag gelegd, behoudens in de gevallen waarin hij is gebonden door een internationale overeenkomst of door Europees recht, zoals bv. de Brussel II-Verordening<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> B. ANCEL, noot onder Cass. fr. 14 juni 1983, *R.C.D.I.P.* 1984, 316.

<sup>69</sup> C. PAMBOUKIS (1993), 210.

<sup>70</sup> Zie bv. weigering om de buitenlandse nietigverklaring van een huwelijk wegens te nauwe verwantschapsband te erkennen, wegens strijd met art. 6 E.V.R.M.: Hof Mensenrechten, arrest-Pellegrini t. Italië, 20 juli 2001, *J.T.* 2001, 830 (*in casu* had de Italiaanse rechter de nietigverklaring door een kerkelijke rechtbank wél erkend. De vrouw had de processtukken evenwel nooit ontvangen en was niet op hoogte van de mogelijkheid om een beroep te doen op rechtsbijstand door een advocaat.

<sup>71</sup> Art. 570 Ger. W.; hierover o.m. B. HANOTIAU, "Examen de jurisprudence. Droit international privé. Les personnes et les relations familiales (1974-1979)", *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 254.

<sup>72</sup> G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 75.

<sup>73</sup> Hierover o.m. P. MALAURIE, "L'équivalence en droit international privé", *D.* 1962, chr. 215.

<sup>74</sup> Art. 33-37 Verord. Raad E.G. 44/2001 van 22 december 2000 (Brussel II) en 1347/2000 van 29 mei 2000; art. 18-19 Verdrag van 1 maart 1954 betreffende de burgerlijke rechtsvordering, goedgekeurd bij wet van 28 maart 1954; art. 25 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, goedgekeurd bij wet van 13

We zien evenwel dat hij dergelijke houding alvast steeds systematischer aanneemt t.a.v. buitenlandse verstotingen<sup>75</sup>.

**- De vraag naar de bewijskracht van akten afgeleverd door het Commissariaat-generaal voor Vluchtelingen en Staatlozen (CGVS)**

39. We staan niet nader stil bij de concrete bewijskracht die wordt verleend aan akten van de burgerlijke stand, rechterlijke uitspraken en andere authentieke akten. Dergelijke bespreking zou ons tever leiden. Er bestaat ter zake overigens een duidelijke consensus.

40. Wél wensen we even kort stil te staan bij de bewijskracht van een akte die rechtstreeks verband houdt met de vreemdelingenproblematiek en tot op vandaag discussie doet rijzen: de akte die aan vluchtelingen wordt afgeleverd door het Commissariaat-generaal voor Vluchtelingen en Staatlozen, ter vervanging van een ontbrekende akte van de burgerlijke stand.

41. Art. 25, derde lid Conventie van Genève en art. 25 Staatlozenverdrag bepalen dat akten van de burgerlijke stand ten behoeve van erkende vluchtelingen en staatlozen worden afgeleverd door de bevoegde autoriteit van het land van verblijf. Hun opstelling, vermeldingen en verbetering zijn geregeld volgens het recht van de Staat van erkenning, de Staat waarvan de vluchtelingendienst de akte opstelt. Het CIEC-Verdrag van 3 september 1985 betreffende de internationale samenwerking op het gebied van administratieve bijstand aan vluchtelingen<sup>76</sup> regelt de samenwerking en onderlinge raadpleging van Staten om gegevens omtrent de burgerlijke stand van vluchtelingen te achterhalen, om deze vreemdelingen vervangende akten van de burgerlijke stand te kunnen toebedelen en hun internationale erkenning te waarborgen. De huidige Verblijfsstaat van de vreemdeling wordt het recht verleend om zich bij de vroegere Verblijfsstaat, die tevens het vaderland van de vreemdeling is, over hem te informeren, a.h.v. een standaarddocument dat wordt uitgewisseld tussen de aangewezen diensten of langs diplomatieke of consulaire weg. De afgeleverde akten zijn vrijgesteld van legalisatie<sup>77</sup>.

---

januari 1971; Verdrag van Lugano van 16 september 1988. Zie nog voor bepaalde materies, m.n. deze die niet door een Europese regeling zijn bepaald: o.m. Verdrag met Frankrijk van 8 juli 1899, goedgekeurd bij wet van 31 maart 1900, *B.S.* 30-31 juli 1900; Verdrag met Nederland van 28 maart 1925, goedgekeurd bij wet van 16 augustus 1926, *B.S.* 27 juli 1929. Zie o.m. *Arbh.* Bergen 15 mei 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 317, noot C. DEBROUX: weigering om Franse nietigverklaring van een huwelijk te erkennen omdat de rechter zijn bevoegdheid slechts kan hebben gesteund op de Franse nationaliteit van verzoeker en omdat de weigering in overeenstemming was met de geldigheid van het huwelijk in het land van huwelijkssluiting. Art. 56 Verdrag van Brussel heft deze overeenkomsten op, behalve voor die punten die niet door het Brusselse Verdrag zijn geregeld.

<sup>75</sup> Cf. *infra*, deel 4 (polygamie), hoofdstuk 2, randnrs 26 e.v. (zie ook *ibid.*, randnr. 11 voor het Franse recht).

<sup>76</sup> *B.S.* 18 december 1987. Ook Nederland en Frankrijk zijn gebonden; Duitsland niet. Voorts nog slechts Italië, Oostenrijk en Spanje.

<sup>77</sup> Verdrag van Den Haag van 5 oktober 1961.

42. Over de bewijskracht van deze akten bestaat betwisting. De Verdragen verlenen ze slechts bewijskracht tot bewijs van het tegendeel. Bepaalde auteurs menen evenwel dat de akten volledig kunnen worden gelijkgesteld aan akten van de burgerlijke stand en bijgevolg slechts buiten werking kunnen worden gesteld als het bewijs wordt geleverd van schriftvervalsing<sup>78</sup>. Wij sluiten ons hier niet bij aan. Het betreft weliswaar authentieke akten<sup>79</sup>. Absolute bewijskracht, tot bewijs van schriftvervalsing, kan o.i. evenwel slechts worden verleend aan de erkenning als vluchteling en aan de overeenstemming van wat in de akte is opgenomen met de verklaringen van de vluchteling. Omtrent de waarheidsgetrouwheid van wat de vluchteling heeft verklaard, bestaat slechts een (weerlegbaar) vermoeden<sup>80</sup>. Dat blijkt tevens uit het gegeven dat de erkenning als vluchteling weer kan worden ingetrokken zodra uit nieuwe feiten blijkt dat de erkenning ten onrechte is toegekend of dat de gegronde vrees voor vervolging is weggefallen. In dat geval moet de betrokken vreemdeling de gemeenrechtelijke procedure volgen om een afschrift of vervangende akte te verkrijgen en verliezen de documenten die door het CGVS zijn afgeleverd hun geldigheid<sup>81</sup>.

43. We stellen ons de vraag of aan vluchtelingen niet beter in een nieuwe regeling kan worden voorzien die hen toelaat om wél het voordeel te genieten van volwaardige akten van de burgerlijke stand. De vluchteling heeft belang bij een optimale rechtsbescherming. Via een procedure tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand kan een fout (al dan niet t.g.v. fraude) achteraf nog steeds worden rechtgezet. Deze procedure wordt vandaag overigens reeds toegepast m.b.t. de huidige documenten die worden afgeleverd door het C.G.V.S. Ook deze kunnen niet zonder meer aan de kant worden geschoven. Ons voorstel zou m.a.w. geen grotere formalisering van de huidige regeling tot gevolg hebben.

**\* De documenten waarvan de voorlegging wordt vereist bij de aangifte van het huwelijk: bespreking en evaluatie van de rechtvaardiging van de vereiste**

#### **- Het voor eensluidend verklaard afschrift van de geboorteakte**

44. *Rechtvaardiging in abstracto van de vormvereiste.* Elke huwelijkskandidaat moet een voor eensluidend verklaard afschrift van de geboorteakte voorleggen. Dit document is de basisakte van de burgerlijke stand aan de hand waarvan alle andere akten worden opgesteld. Hij vormt het ultieme bewijs van de identiteit en

<sup>78</sup> Hierover (maar niet in die zin): F. RIGAUX, *I.c.*, *R.C.D.I.P.* 1961, 56. Zie ook Paris 12 juni 1943, *J.D.I.* 1940-1945, 120.

<sup>79</sup> Zie voor Frankrijk: Cass. fr. 19 januari 1948, *J.C.P.* 1948, II, 4265.

<sup>80</sup> R. DE QUENAUDON, *I.c.*, nr. 155; A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Paris, Dalloz, 1965, nr. 256; F. RIGAUX, *I.c.*, *R.C.D.I.P.* 1961, 55.

<sup>81</sup> D. VAN HEULE, "Belgium", in J.Y. CARLIER, D. VANHEULE, K. HULLMANN en C. PENA GALIANO (eds), *I.c.*, nr. 54; D. VAN HEULE, "Raakpunten van het vreemdelingen- en het burgerlijk recht", in: X., *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht, cyclus Willy Delva, I.c.*, nr. 580.

leeftijd. De overschrijving van het vonnis waardoor een adoptie wordt gehomologeerd, vervangt de geboorteakte en staat bijgevolg op gelijke hoogte. Hetzelfde geldt voor een vonnis houdende geboorteakte<sup>82</sup>.

**45.** De geboorteakte vervult een centrale rol in de materie van de burgerlijke stand. Het is de akte op grond waarvan alle andere akten worden opgesteld, en de enige akte waarin alle wijzigingen en verbeteringen van de staat worden opgenomen. Voor de andere akten gebeurt dat slechts indien het vonnis tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand expliciet aangeeft dat in de kant ervan melding moet worden gemaakt van de verbetering.

**46.** De geboorteakte is bijgevolg de meest betrouwbare akte van de burgerlijke stand, niet alleen wat betreft de afstamming, maar ook wat betreft de andere elementen van zijn burgerlijke staat<sup>83</sup>.

In dat opzicht vervult de akte niet alleen een noodzakelijke rol inzake huwelijk, met name om te bepalen of er al dan niet verwantschapsbeletselen zijn, maar tevens in het nationaliteitsrecht, als bevestiging van de identiteit van de betrokkene.

**47.** *Rechtvaardiging in concreto van de vormvereiste.* De vereiste is in abstracto gerechtvaardigd. Vervolgens rijst de vraag of er evenmin in concreto bezwaren tegen kunnen rijzen. Daartoe gaan we na of voldoende rekening wordt gehouden met de situatie dat niet elke vreemdeling een afschrift van zijn geboorteakte kan voorleggen, omdat nooit een geboorteakte heeft bestaan of omdat de akte verloren is gegaan of vernietigd is. De voormalige E.C.R.M. heeft aangegeven dat personen bezwaarlijk het recht om te huwen kunnen worden ontzegd op grond van de loutere overweging dat ze niet kunnen voldoen aan de vereiste om hun geboorteakte voor te leggen<sup>84</sup>.

**48.** Art. 46 B.W. en art. 70-72 B.W. laten toe om de geboorteakte te vervangen

---

<sup>82</sup> Art. 46 B.W.; Rb. Luik 24 oktober 1975, *J.L.* 1975-76, 7 (m.b.t. een Koreaans kind); Rb. Luik 24 oktober 1975, *J.L.* 1975-76, 99, (m.b.t. een Indisch kind). Beide kinderen verbleven reeds in Luik met de Belgische adoptieouders op het ogenblik dat om een vervangende geboorteakte werd verzocht. Dit leverde volgens o.m. B. HANOTIAU, "Examen de jurisprudence. Droit international privé. Les personnes et les relations familiales (1974-1979)", *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 237, een voldoende nauwe aanknoping op om art. 46 B.W. te laten gelden.

<sup>83</sup> Zie bv. P. SENAËVE, *Compendium* (2003), nr. 189: "Deze getuigschriften (*i.e.* getuigschriften die worden afgegeven op basis van de gegevens van het bevolkings- of vreemdelingenregister, hebben geen authentieke bewijskracht voor wat de erop vermelde gegevens betreft m.b.t. de staat van de persoon. Dit neemt niet weg dat men zich in het gewone rechtsverkeer dikwijls vergenoegt met de op deze getuigschriften vermelde gegevens. Bovendien is de feitelijke bewijswaarde ervan bijzonder groot voor een element van staat dat veelal niet met een titel bewezen kan worden, nl. de nationaliteit". We kunnen dan ook minstens concluderen dat een verklaring die ingaat tegen de vermeldingen in één van de genoemde registers extra nauwkeurig moet worden onderzocht.

<sup>84</sup> E.C.R.M. nr. 22404/93, zaak-Vadbolski en Demonet t. Frankrijk, 12 oktober 1994, *D&R* 79-A, 79: bepaalde vormvereisten kunnen voor vreemdelingen het recht om te huwen disproportioneel verzwaren.

door een vervangende geboorteakte<sup>85</sup>, een akte van bekendheid<sup>86</sup> of een beëdigde verklaring<sup>87</sup>.

**49.** Twee kritieken rijzen evenwel in dit verband.

Vooreerst kan niet elke vreemdeling een beroep doen op één van deze subsidiaire regelingen. Hieruit volgt dat bepaalde vreemdelingen niet aan de vormvereiste kunnen voldoen en dat ze hun recht om te huwen niet in België kunnen uitoefenen. We zullen de vraag opwerpen of er een redelijke rechtvaardiging is voor deze beperking op hun recht.

Bovendien rijst de vraag of deze subsidiaire regelingen steeds voldoende tegemoet komen aan de doelstelling die aan de vormvereiste ten grondslag ligt: laten ze met voldoende zekerheid toe om de identiteit van de huwelijkskandidaat te bepalen?

**50.** De identiteit van de huwelijkskandidaat moet niet alleen worden nagegaan omdat de huwelijksakte die vervolgens zal worden opgemaakt als akte van de burgerlijke stand in zekere zin een identiteitsbewijs vormt, maar ook opdat zou kunnen worden nagegaan of alle grondvereisten voor het huwelijk zijn vervuld. Omwille van dit dubbele belang wordt de afgifte van een akte van bekendheid soms geweigerd, onder meer zo goed als systematisch aan kandidaat-vluchtelingen.

**51. Kandidaat-vluchtelingen** beschikken bij hun aankomst in België niet steeds over een uittreksel van hun geboorteakte. Willen ze huwen, dan zullen ze bijgevolg een beroep moeten doen op de regeling van art. 70 tot 72bis B.W.

De concrete vraag is reeds gerezen of een *verzoek* om te worden erkend als vluchteling volstaat om de onmogelijkheid om een geboorteakte voor te leggen aannemelijk te maken. Lijken er globaal beschouwd geen bezwaren te bestaan voor een persoon met dezelfde nationaliteit om zijn geboorteakte te gaan ophalen (geen onoverkomelijke afstand, geen staat van oorlog), dan kan een asiëlverzoek mogelijk een ander licht werpen op de zaak.

**52.** Van kandidaat-vluchtelingen wordt verondersteld dat ze geen beroep kunnen

<sup>85</sup> Art. 46 B.W. bepaalt: "Wanneer er geen registers hebben bestaan of de registers verloren zijn, wordt het bewijs daarvan toegelaten, zowel door bescheiden als door getuigen, en in die gevallen kunnen het huwelijk, de geboorte en het overlijden, bewezen worden zowel door registers en papieren, afkomstig van de overleden ouders, als door getuigen" en laat de vrederechter toe een declaratieve geboorteakte op te stellen.

<sup>86</sup> In 1998-1999 werden in totaal 20.697 akten van bekendheid opgesteld (waarvan 5584 in de provincie Antwerpen, 5173 in de provincie Brabant, 6686 in West- en Oost-Vlaanderen, 1892 in de provincie Luik en 1362 in Henegouwen): [www.just.fgov.be/index\\_nl.htm](http://www.just.fgov.be/index_nl.htm) (Justitie van A tot Z, trefwoord "statistieken van hoven en rechtbanken").

<sup>87</sup> Voor een algemene bespreking van de materie en een rechtspraakoverzicht: S. D'HONDT, "De doorwerking van het burgerlijk recht in het nationaliteitsrecht. De akte van bekendheid en de beëdigde verklaring in het nationaliteitsrecht", in M.-C. FOLETS, R. FOQUÉ en M. VERWILGHEN (eds), m.m.v. S. BOUCKAERT en S. D'HONDT, *Devenir Belge - Naar de Belgische nationaliteit*, Brussel, Bruylant, 2002, 441-475; S. D'HONDT, "Art. 70 B.W.", "Art. 71 B.W.", "Art. 72 B.W.", "Art. 72bis B.W.", in *Comm. Pers.* (2002).



doen op de overheid van het land waarvan ze vervolging vrezen. Medewerking van de autoriteiten, in de vorm van de aflevering van een afschrift van de geboorteakte, zou integendeel een *contra*-indicatie bieden voor de vereiste gegronde vrees voor vervolging en een aanwijzing vormen dat het asielverzoek ongegrond is<sup>88</sup>.

Bovendien moeten we rekening houden met de preciaire verblijfssituatie van de kandidaat-vluchteling. Hij is wettelijk verplicht om bij te dragen aan het vlotte verloop van de procedure en riskeert sancties wanneer hij niet tijdig ingaat op een vraag om inlichtingen of wanneer hij een adreswijziging niet tijdig doorgeeft. Het land verlaten - bijvoorbeeld naar aanleiding van een rechterlijke weigering om een vervangende akte van bekendheid te homologeren - kan bovendien de behandeling van het asielverzoek ook om een andere reden in het gedrang brengen: het Commissariaat-Generaal voor de Vluchtelingen en Staatlozen (C.G.V.S.) dreigt zulk 'vrijwillig' vertrek negatief te interpreteren.

**53.** Niettemin weigeren meerdere rechtbanken ook m.b.t. kandidaat-vluchtelingen die zich in de gegrondheidsfase van hun onderzoek bevinden, om een akte van bekendheid te homologeren. Ze steunen zich daartoe op de stelling dat "zolang de verzoekende partij niet als politiek vluchteling is erkend, er voldoende redenen (zijn) om aan zijn ware identiteit te twijfelen... dat enkel op basis van de ware identiteit, de nationaliteit (...) achterhaald kan worden en *ipso facto* pas alsdan gecontroleerd (kan) worden of er overmacht bestaat in hoofde van verzoekende partij om een geboorteakte te overleggen"<sup>89</sup>. Enkel op basis van de verificatie van de identiteit kan ook de nationaliteit van iemand worden nageetrokken en kan vervolgens worden nagegaan of effectief overmacht is om een geboorteakte voor te leggen<sup>90</sup>.

<sup>88</sup> Deze ruime interpretatie van gronden die de vrees weerleggen, is weliswaar bekritiseerd door meerdere auteurs die menen dat enkel vrijwillige daden die zijn gesteld met de bedoeling zijn belangen opnieuw door de staat van herkomst beschermd te zien en die door de betrokken staat positief zijn beantwoord, deze gegronde reden tot vrees ongeloofwaardig maken: H.C.R., *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié*, Genève, 1979, nr. 65; D. VANHEULE, "Belgium", in J.Y. CARLIER, D. VANHEULE, K. HULLMANN en C. PENA GALIANO (eds), *Who is a refugee? A comparative case law study*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 86, nr. 54: men kan best geen al te groot vertrouwen hechten aan akten die door het land van herkomst zijn afgeleverd, tenzij wordt vermoed dat de kandidaat-vluchteling geen vluchteling is in de zin van de Conventie van Genève. Specifiek voor de materie van de geboorteakte: D. VANHEULE, "Raakpunten van het vreemdelingen- en het burgerlijk recht", in: X., *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht, cyclus Willy Delva*, Gent, Mys en Breesch, 1996, nr. 580.

<sup>89</sup> Deze stelling werd gehanteerd door Rb. Antwerpen 24 december 1999, A.R. 99/045/B, *onuitg.*, om de homologatie van een akte van bekendheid te weigeren. Zie ook de hierna volgende uitspraken. Deze betroffen weliswaar telkens het gebruik van de akte van bekendheid in het kader van de nationaliteitsverwerving. De rechtspraak kan evenwel worden doorgetrokken, aangezien de regeling van het W.B.N. is geënt op die van het huwelijksrecht: Rb. Gent 1 december 1994, *T. Not.* 1995, 299 (de betrokken Pakistaan was de erkenning als vluchteling weliswaar reeds geweigerd, maar hij bevond zich nog in de beroepsfase); Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5795-B, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5797-B, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5798-B, *onuitg.* en Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5796-B, *onuitg.*

<sup>90</sup> Het verzoek van de kandidaat-vluchteling om een akte van bekendheid te homologeren, werd in volgende gevallen telkens afgewezen als "voorbarig en dus niet toelaatbaar wegens gebrek

**54.** De vraag rijst of de afwijzing van een homologatie in het kader van art. 72 B.W. om de genoemde redenen is gerechtvaardigd, rekening houdend met het gevolg daarvan, nl. een verplicht uitstel van het huwelijk<sup>91</sup>. De kandidaat-vluchteling zal immers zijn ontbrekende identiteitsgegevens niet of toch zeer moeilijk op een andere manier kunnen bewijzen.

Zodra het asielverzoek ontvankelijk is verklaard, menen we dat van de betrokkene niet langer verlangd kan worden dat hij het land verlaat, ook al is dat maar tijdelijk<sup>92</sup>. Een verzoek om een akte van bekendheid op te stellen kan o.i. vanaf dat ogenblik door de politieke achtergrond worden gerechtvaardigd, ook al is er nog geen zekerheid omtrent de waarachtigheid van de beweerde vervolging. Dit werd reeds aangenomen door o.m. de Antwerpse rechtbank<sup>93</sup>.

**55.** We behandelden zopas de vraag naar de *onmogelijkheid* om een afschrift van de geboorteakte voor te leggen en namen dergelijke onmogelijkheid aan t.b.v. de kandidaat-vluchteling wiens asielverzoek ontvankelijk is verklaard. Ook met het mogelijke weigeringsmotief dat met de akte van bekendheid de *identiteit* van de betrokkene nog niet is bevestigd, moet volgens ons omzichtig worden omgesprongen. Wordt het asielverzoek van de kandidaat-vluchteling ontvankelijk verklaard, voldoet de betrokkene bovendien aan de grondvoorwaarden om te huwen en neemt de Belgische rechter aan dat de vreemdeling in de absolute onmogelijkheid verkeert om zijn geboorteakte voor te leggen, aangezien hij geen beroep kan noch mag doen op de autoriteiten van zijn geboorteland, is het dan niet billijk aan te nemen dat hij zich in een situatie van overmacht bevindt? Rekening houden met overmacht, houdt in dat men ernaar streeft dat de betrokkene geen nadeel zou ondervinden van de situatie. Hem een vervangende akte toekennen die ernstige beperkingen inhoudt, waardoor de voltrekking van het huwelijk alsnog onmogelijk wordt, berokkent hem dergelijk nadeel.

---

*aan belang*". Eveneens in het kader van de nationaliteitsverwerving: Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5795-B, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5797-B, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5798-B, *onuitg.* en Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5796-B, *onuitg.*

<sup>91</sup> S. D'HONDT, *l.c.*, in M.-C. FOLETS e.a. (2002), 463-464.

<sup>92</sup> Zie ook J. THEUNIS, *l.c.*, nr. 578; L. WALLEYN, interne communicatie.

<sup>93</sup> Rb. Antwerpen 1 december 2000, 00/4901/B, *onuitg.*: "gelet op de beperkte bevoegdheid van de UNO-administratie in Kosovo is het voor verzoekende partij – zoals voor iedere Kosovaar – volstrekt onmogelijk zich een eensluidend verklaard afschrift van zijn geboorteakte te verschaffen" (...) "overwegende dat bovendien aan de hand van de overgelegde stukken verzoekende partij een begin van bewijs van zijn ware identiteit levert". Ook: Rb. Antwerpen 11 november 2000, 00/3947/B, *onuitg.*: volstreekte onmogelijkheid om een geboorteakte voor te leggen, gelet op de 'reeds lang' hangende asielprocedure. Aangenomen werd dat een begin van bewijs van de ware identiteit geleverd was.

Deze rechtbank stelt zich nochtans in dit verband globaal genomen eerder weigerachtig op: zie o.m. Rb. Antwerpen 24 december 1999, A.R. 99/045/B, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5795-B, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5797-B, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5798-B, *onuitg.* en Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 01-5796-B, *onuitg.*

Uit bevragingen blijkt dat de parketten kandidaat-vluchtelingen systematisch bijkomend om informatie met betrekking tot hun asielpcedure verzoeken. Op die manier kan de identiteit van de betrokkene alvast gemakkelijker worden nagegaan en kan meer duidelijkheid worden verkregen over de toestand in het land van herkomst en de onmogelijkheid om een geboorteakte te verkrijgen. Deze informatie moet o.i. kunnen volstaan om toestemming te verlenen tot het huwelijk, tenzij tegenindicaties zouden bestaan. Blijkt achteraf sprake te zijn van bedrog, dan biedt de regel '*fraus omnia corrumpit*' nog steeds een uitweg. Het huwelijk zou onbestaand zijn of worden nietigverklaard, aangezien het een hoogstpersoonlijke rechthandeling is en de persoon van de gehuwde niet overeenstemt met de persoon die het huwelijk inroept.

De Mechelse rechtbank gaf reeds te kennen geen probleem te zien in de homologatie van een akte van bekendheid ten behoeve van een kandidaat-vluchteling<sup>94</sup>. Daarbij werd overigens niet verwezen naar de stand van de asielpcedure.

**56.** We richten ons opnieuw op de vraag naar de *onmogelijkheid* om een afschrift van de geboorteakte voor te leggen n.a.v. een weigering door de Antwerpse rechtbank om een akte van bekendheid te homologeren die was opgemaakt t.b.v. een Pakistaan van wie het verblijf in ons land was geregulariseerd<sup>95</sup>. "Doordat hij niet de status van vluchteling heeft, moet hij in principe op de diplomatieke diensten beroep kunnen doen en op dit ogenblik kan dus niet aanvaard worden dat hij in de feitelijke en/of juridische onmogelijkheid is zich een uittreksel uit zijn geboorteakte te verschaffen"<sup>96</sup>. De vraag rijst of de concrete feiten in sommige situaties geen soepelere beoordeling rechtvaardigen. Vermoedelijk had de betrokkene gezien de regularisatie niet langer het belang ingezien van een erkenning als politiek vluchteling. Dat betekent evenwel niet dat hij voortaan een beroep kan doen op de diplomatieke diensten. Het is denkbaar dat hij vervolging blijft vrezen.

**57.** Buiten de hypothese dat het verzoek uitgaat van een kandidaat-vluchteling, of een vreemdeling die zijn asielverzoek begrijpelijkerwijze laat vallen na een regularisatie van zijn verblijf in België, treden we het standpunt<sup>97</sup> bij dat de betrokkene

<sup>94</sup> Rb. Mechelen A.R. 00/1422 B, 21 september 2000, *onuitg.* (in kader huwelijk); in kader naturalisatieprocedure: Rb. Mechelen A.R. 00/1599 B, 26 oktober 2000, *onuitg.*; Rb. Mechelen A.R. 00/1725 B, 16 november 2000, *onuitg.*; Rb. Mechelen 19 oktober 2000, A.R. 00/1725 B, *onuitg.*; Rb. Mechelen A.R. 00/1425 B, A.R. 00/1426 B, A.R. 00/1427 B, A.R. 00/1428 B en A.R. 00/1429 B van 16 november 2000, *onuitg.*

<sup>95</sup> Rb. Antwerpen 11 januari 2002, A.R. 01/4672/B, *onuitg.*

<sup>96</sup> De rechtbank haalde weliswaar nog een andere weigeringsgrond aan, m.n. dat het gelet op de afstand tussen hun geboorteplaats en de zijne niet zeker was of de getuigen verzoekende partij en diens ouders kenden. De stelling dat die grond 'ten overvloede' was, geeft evenwel aan dat het eerstgenoemde motief voor de rechter doorslaggevend was.

<sup>97</sup> O.m. verwoord in: Rb. Antwerpen 14 januari 2002, A.R. 00/6846/B, *onuitg.*: de betrokkene had slechts een aangetekende brief verstuurd aan de Nigeriaanse ambassade. Deze was in het Nederlands opgesteld en kan niet dienst doen als bewijs dat hij verdere navraag heeft gedaan m.b.t. zijn verzoek. Het louter onbeantwoord blijven toont volgens de rechter niet de onmogelijkheid noch de zware moeilijkheid aan, "overwegende dat niet blijkt dat verzoeker een poging heeft on-

voor zover mogelijk een beroep moet doen op de diplomatieke of consulaire diensten van zijn land van herkomst<sup>98</sup>. Hiertegen rijst evenwel kritiek van instanties die menen dat een dergelijk beroep zelden aanleiding geeft tot betrouwbare informatie, omdat de diensten vaak hetzij corrupt, hetzij ter zake niet bevoegd zouden zijn<sup>99</sup>.

**58. Erkende vluchtelingen** kunnen alle documenten die normaal gezien door de nationale autoriteiten van het land van herkomst of door hun tussenkomst worden verstrekt, ontvangen van het Commissariaat-Generaal voor de Vluchtelingen en Staatlozen (CGVS), in toepassing van art. 25 van de Conventie van Genève<sup>100</sup>. Art. 57/6 eerste lid, 4° Vreemdelingenwet bepaalt dat ook de akten van de burgerlijke stand daartoe gerekend kunnen worden. De documenten zijn op zich evenwel geen akten van de burgerlijke stand en strekken slechts tot bewijs zolang geen tegenbewijs is geleverd.

Voor vreemdelingen die worden gelijkgesteld met vluchtelingen, omdat ze voldoen aan de vereisten om als vluchteling te worden erkend, geldt dezelfde regeling, in toepassing van art. 96 Vreemdelingenbesluit<sup>101</sup>, dat hun een certificaat van gelijkgestelde met de vluchteling toekent<sup>102</sup>.

Ook de apatride geniet een gelijkaardige bescherming in toepassing van art. 25 Staatlozenverdrag.

---

dernomen om zich desbetreffend te richten tot de autoriteiten in zijn land van herkomst".

<sup>98</sup> Hierover S. D'HONDT, *l.c.*, 458-459 en 461-462. In het nationaliteitsrecht wordt deze vereiste wettelijk kracht bijgezet door de cascadereregeling die een ontbrekende geboorteakte in de eerste plaats door een gelijkwaardig consulaire of diplomatiek document vervangen wil zien, en slechts in tweede orde naar de techniek van de akte van bekendheid reikt: art. 5 W.B.N.

<sup>99</sup> Zie hierover J. VANDE VELDE tijdens het debat n.a.v. de studiedag van 6 juni 2001 over de nieuwe Nationaliteitswet: "Ik moet er de aandacht op vestigen dat op één of twee landen na er geen enkele consul van gelijk welk land in België volgens zijn eigen wetgeving ter zake bevoegd is. Die ambtenaren geven m.a.w. een document af waarin geboorteplaats, geboortedatum en misschien ook de afstamming van iemand vermeld staat, maar waarbij dat document naar de eigen wetgeving van de afgever een onbestaand stuk is. Ik vraag me af welke waarde dergelijk document in België kan hebben. Ik vraag me evengoed af op welke basis dat stuk is opgemaakt. Volgens mijn informatie gebeurt dat ofwel op basis van identiteitsstukken die de aanvrager heeft of meer nog op basis van wat hij zelf vertelt. Wat is dan nog het verschil tussen een beëdigde verklaring of een akte van bekendheid en het stuk dat op een consulaat of ambassade wordt afgegeven?". Over de problemen inzake betrouwbaarheid: Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, nr. 292/7, 74; J. VANDE VELDE, "Burgerlijke stand en verblijf van vreemdelingen", in D. CUYPERS, M.C. FOLETS en B. HUBEAU (eds), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, deel 6, Brugge, Die Keure, 2001, 456; J. VANDE VELDE, "De consulaire ambtenaar van de burgerlijke stand (en zijn problemen)", *De Burg. St.* 1990, 205: het ministerie legt bijzondere voorzichtigheid aan de dag m.b.t. akten uit Centraal- en Westafrika en uit Indië. Meer hierover: *cf. infra*, randnr. 73.

<sup>100</sup> "Wanneer de uitoefening van een recht door de vluchteling normaal de medewerking zou vereisen van buitenlandse autoriteiten op wie hij geen beroep kan doen, zullen de Verdragssluitende Staten op wier grondgebied hij verblijft, zorg dragen, dat zodanige medewerking hem wordt verleend door hun eigen autoriteiten of door een internationale autoriteit (en volgende leden)". Hierover: D. VANHEULE, *l.c.*, nr. 581.

<sup>101</sup> K.B. van 8 oktober 1984 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *B.S.* 27 oktober 1981.

<sup>102</sup> J. DE BURLET (1987), nr. 1445.

59. De praktijk van het CGVS om erkende vluchtelingen en staatlozen documenten af te geven ter vervanging van een ontbrekende akte van de burgerlijke stand, wordt door sommigen bekritiseerd<sup>103</sup>. Het document is geen akte van de burgerlijke stand en wordt vaak afgeleverd zonder dat de feiten die erin worden geakteerd, bewezen zijn. Noch de ambtenaar van de burgerlijke stand, noch het CGVS hebben de bevoegdheid om zelf een foutieve akte te verbeteren<sup>104</sup>. Meerdere juristen betreuren het gebruik en zouden de voorkeur geven aan een regeling die toelaat dat de betrokkenen een declaratieve geboorteakte laten opstellen door de rechtbank van eerste aanleg. Dergelijke akte wordt wél overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand. Volgens bepaalde auteurs is dat vandaag in beginsel reeds mogelijk, mits de betrokkene zijn toestand bewijst a.h.v. het verblijfsdocument dat de gemeente van gewoonlijk verblijf aflevert en dat de staatloosheid<sup>105</sup> of het vluchtelingschap vermeldt<sup>106</sup>.

60. In geval van fraude kan alsnog via een vordering tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand worden opgetreden. Een erkenning als vluchteling kan worden ingetrokken als nieuwe feiten aangeven dat de erkenning ongegrond is of dat de vrees voor vervolging is weggefallen<sup>107</sup>. Blijkt daarbij dat de betrokkene zijn identiteit heeft vervalst, dan dient een rechtzetting te gebeuren. Heeft de akte niet de waarde van een akte van de burgerlijke stand, dan kan dat weliswaar soepeler gebeuren. Ook een akte van de burgerlijke stand kan evenwel worden verbeterd, m.n. via een procedure tot verbetering. Het belang van de vluchteling bij een optimale bescherming van zijn rechtspositie, bv. door afgifte van akten met de waarde van een akte van de burgerlijke stand, primeert o.i. op de doelstelling om de betwistbaarheid van fraude te vereenvoudigen, zolang dergelijke betwisting mogelijk blijft.

61. Er bestaat betwisting over de vraag of de vrederechter bevoegd is t.a.v. **vreemdelingen met illegaal verblijf**. De notie 'hoofdverblijfplaats' blijft in dit verband dubieus, i.t.t. o.m. de regeling voor de aangifte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Gesteund door de uitkomst van de jurisprudentiële en doctrinaire discussies ter zake<sup>108</sup> menen we evenwel dat de notie betrekking heeft op het feitelijke verblijf,

---

<sup>103</sup> Deze kritiek kwam ons ter ore n.a.v. telefonische gesprekken met ambtenaren van de burgerlijke stand en advocaten.

<sup>104</sup> De rechtbank van eerste aanleg is daartoe bevoegd: Rb. Antwerpen 4 juni 1999, ARV 99/59/B, *onuitg.* (fout in de geboortedatum); Rb. Antwerpen 28 juni 2001, A.R. 00/4.903/B, *onuitg.* (fout in de familienaam).

<sup>105</sup> De staatloze moet steeds worden *gemachtigd* tot het verblijf. Hij is er niet op gerechtigd. Deze categorie van vreemdelingen geniet vooralsnog geen officieel verblijfsstatuut, i.t.t. de erkende vluchteling.

<sup>106</sup> J. DE BURLET (1987), nr. 1445 en 1446.

<sup>107</sup> Dat laatste gebeurt vooralsnog slechts uitzonderlijk.

<sup>108</sup> Voor een overzicht van rechtspraak in dit verband: zie S. D'HONDT, "De huwelijksafkondiging bij illegale vreemdelingen", *E.J.* 1997, 146-152.

en geen geldige verblijfstitel vergt<sup>109</sup>.

Deze oplossing strookt met de regeling voor de aangifte. Art. 63 § 1 B.W. bepaalt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand van de actuele verblijfplaats bevoegd is voor de huwelijksaangifte van vreemdelingen die niet in een register staan opgetekend, m.a.w. illegaal verblijf houden.

**62.** Hetzelfde probleem rijst m.b.t. de beëdigde verklaring. De Antwerpse en Gentse rechtbank<sup>110</sup> weigerden een beëdigde verklaring af te leveren aan een kandidaat-vluchteling, omdat deze slechts tijdelijk in de onmogelijkheid zou verkeren en vooral: omdat zijn identiteit (nog) niet vaststaat. Zolang zijn vluchtelingenschap niet vaststaat, kan volgens de rechters niet van een definitieve onmogelijkheid worden gesproken, "overwegende dat enkel op basis van de ware identiteit, de nationaliteit, leeftijd en ongehuwde staat kunnen achterhaald worden en kan gecontroleerd worden of er overmacht bestaat in hoofde van de verzoekende partij om een geboorteakte over te leggen; (...) overwegende dat enerzijds gelet op de recente tijdelijke onmogelijkheid en anderzijds het gebrek aan begin van bewijs van de ware identiteit, de voorwaarden voor toepassing van art. 72bis B.W. niet vervuld zijn"<sup>111</sup>.

**63.** Aan een afgewezen asielzoeker wordt de aktering van een beëdigde verklaring daarentegen toegestaan<sup>112</sup>. Aangenomen wordt dat zijn identiteit vaststaat, eenmaal het C.G.V.S. zich heeft uitgesproken over zijn asielverzoek.

**64.** *Bieden de subsidiaire regelingen voldoende waarborgen voor betrouwbare identiteitsgegevens?* Een geboorteakte wordt erkend als hij is opgesteld conform de vormvereisten van de *lex loci*<sup>113</sup>, tenzij hij kennelijke onjuistheden bevat of zijn inhoud strijdig is met de openbare orde. Dat laatste bleek het geval bij een Luxemburgse geboorteakte die de erkenning door een andere man dan de echtgenoot van de moeder had geakteerd, terwijl het vaderschap van de echtgenoot niet was betwist. Alle betrokkenen waren Belg. Er was m.a.w. inbreuk gepleegd op de Belgische familiewet<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> Over de discussie omtrent de interpretatie die aan de notie moet worden verstrekt in het nationaliteitsrecht: zie de bijdragen van B. RENAULD, randnr. 7 en S. BOUCKAERT, randnrs 21 tot 26 in M.-CL. FOLETS e.a. (2002): enkel met betrekking tot de procedure van nationaliteitsverklaring (artikel 12bis W.B.N.) werd uitdrukkelijk gesteld dat een onwettig verblijf niet in aanmerking kan worden genomen. Bovendien is in geen enkele wettelijke bepaling duidelijk invulling gegeven aan de notie. Het is dus ten eerste de vraag of deze interpretaties afdwingbaar zijn. Zie ook de amendementen nr. 54 en 57 (DOC 50 292/4) die de term 'hoofdverblijf' in dezelfde zin willen herformuleren als 'onafgebroken wettelijk verblijf dat tegelijk ook de hoofdverblijfplaats is'.

<sup>110</sup> Rb. Gent 1 december 1994, *T. Not.* 1995, 299; Rb. Antwerpen 24 december 1999, A.R. 99/045/B, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 10 november 2000, AR 99-6862-B, *onuitg.*

<sup>111</sup> Rb. Antwerpen 10 november 2000, AR 99-6862-B, *onuitg.*

<sup>112</sup> Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 00-6939-B, *onuitg.*

<sup>113</sup> Art. 47 B.W.; Brussel 31 januari 1961, *Pas.* 1962, II, 137; Brussel 9 januari 1974, *Pas.* 1974, II, 67; Brussel 29 oktober 1975, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 163; Rb. Luik 24 september 1976, *J.L.* 1976-77, 165.

<sup>114</sup> Rb. Aarlen 17 juni 1994, *J.T.* 1995, 389: voorlegging van de geboorteakte in het kader van een verzoek tot homologatie van de vaderlijke erkenning. Zie ook volgende weigering om een erken-

Het Hof van Justitie heeft bevestigd dat een Staat kan weigeren om een buitenlandse akte van de burgerlijke stand of gelijkwaardig certificaat dat uitgaat van een bevoegde buitenlandse instantie te erkennen als er voldoende concrete aanwijzingen bestaan om de juistheid van de erin vermelde feiten te betwijfelen<sup>115</sup>. *In casu* lag de weigering van het Duitse *Sozialgericht* voor om een verbeterde geboorteakte te aanvaarden, waarmee een Griekse vrouw beoogde om als 60-jarige haar pensioenrechten in Duitsland te laten gelden. Volgens een vroeger geboortebewijs was ze ruim vier jaar later geboren. Het Sozialgericht had geoordeeld dat het geboortedocument dat dateerde van het ogenblik dat het nauwst aansloot bij het feit dat het vaststelde, het meest vertrouwen genoot. Het Hof volgde deze redenering.

**65.** Blijft een legalisatie uit, dan bestaat de oplossing er voor de betrokkenen in om een akte van bekendheid te laten opstellen en homologeren. Slagen ze daar niet in, dan rest slechts de techniek van de beëdigde verklaring. De rechtbank van eerste aanleg zou evenwel, alvorens hij overgaat tot de homologatie of aktering, systematisch kunnen nagaan om welke redenen legalisatie is geweigerd. De Belgische diplomatieke of consulaire post vervult immers een centrale rol bij de beoordeling van de onmogelijkheid om een geboorteakte voor te leggen en van de geloofwaardigheid van de verklaring. Acht de rechter de weigering niet voldoende gemotiveerd, dan kan hij o.i. een betere motivering afdwingen. Is de weigering wél afdoende gemotiveerd, dan belet dat o.i. dat de vreemdeling met een beëdigde verklaring alsnog de betwiste gegevens laat akteren.

**66.** Naar Nederlands recht is bij omzendbrief overigens bepaald dat ook een DNA-onderzoek een afstammingsrelatie kan aantonen en dat het onderzoek in de plaats komt wanneer de relatie niet met documenten kan worden aangetoond, m.n. als er geen document verkrijgbaar is of een legalisatie of verificatie ervan onmogelijk is<sup>116</sup>. Dergelijk onderzoek kan de vervangende akte van bekendheid of beëdigde verklaring aanvullen. Voor zover het materieel mogelijk is om een DNA-onderzoek uit te voeren, m.a.w. mits er geen onredelijk grote afstanden voor moeten worden afgelegd, lijkt het ons aangewezen in het licht van het onderzoek naar de grondvereisten voor het huwelijk, meer bepaald de toepassing

---

ningsakte te erkennen wegens overtreding van de toepasselijke Belgische wet: Rb. Luik 20 december 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 394; de Belgische rechter kan in de Belgische rechtsorde een in het buitenland opgemaakte akte van de burgerlijke stand erkennen voor zover deze akte geldig werd opgemaakt. De in Frankrijk opgemaakte akte van de burgerlijke stand waarbij een Belgische gehuwde man vóór het in werking treden van de wet van 31 maart 1987 een Belgisch kind heeft erkend, is niet geldig. De regel van de wettenconflicten naar Frans recht verplicht immers om voor deze in Frankrijk gedane erkenning na te gaan of de Belgische wet ze toeliet. Bijgevolg dient de nieuwe akte van erkenning in België voor de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand opgemaakt te worden en vervolgens gehomologeerd te worden.

<sup>115</sup> H.v.J. nr. C-336/94 van 2 december 1997, *R.C.D.I.P.* 1998, 329, noot G. DROZ ("La force probante des actes de l'Etat civil en droit international privé").

<sup>116</sup> Omz. 12 januari 2000 aan de ambtenaren van de burgerlijke stand en de ambtenaren van de gemeentelijke basisadministratie, *Stc.* 24 augustus 2000 (verder uitgewerkt door TBV 2000/3 van 11 februari 2000 voor vluchtelingen en 2000/9 van 1 mei 2000 voor vreemdelingen met wettig verblijf). Hierover: J.A. KROES, "Legalisatie en verificatie: een overzicht", *M.R.* 2001, 4-10.

van de verwantschapsbeletselen, om dergelijk onderzoek verplicht te stellen. We houden er evenwel rekening mee dat niemand verplicht kan worden tot dergelijk onderzoek, gezien het recht op eerbiediging van de fysieke integriteit. Een weigering in hoofde van de verzoeker kan o.i. evenwel aanleiding geven tot een weigering om de vervangende akte op te stellen, vanuit een vermoeden van kwade trouw. Een weigering van de vermoedelijke ouder om een DNA-atteest te ondergaan, kan daarentegen redelijkerwijze geen aanleiding vormen tot afwijzing van het verzoek. Het belang van het kind bij een vastgestelde afstamming dient te primeren. In dezelfde optiek kan worden voorgesteld om de erkenning van een kind systematisch afhankelijk te stellen van een DNA-test. Slechts op die manier kan de strijd tegen leugenachtige erkenningen efficiënt worden aangebonden.

**67.** De huidige regeling inzake de akte van bekendheid biedt o.i. met name onvoldoende waarborgen voor de geloofwaardigheid van de gegevens die erin worden opgenomen. Misbruik blijkt welig te tieren<sup>117</sup>. De uiteenlopende interpretaties die aan de notie 'onmogelijkheid' worden verleend<sup>118</sup> en de moeilijke controleerbaarheid ervan<sup>119</sup> werken bovendien rechtsonzekerheid in de hand<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Zie o.m. Raad van State, advies bij Nationaliteitswet 2000, doc 50 292/1-293/1 (stelde dat de akte van bekendheid-regeling in strijd zal komen te staan met de I.P.R.-codex, aangezien de soepele regeling moeilijk te verenigen valt met de controle die de ontwerp-codex voorziet in het kader van de legalisatie van buitenlandse akten; zie ook brief minister van Buitenlandse Zaken L. Michel van 1 augustus 2000 aan de Commissie Naturalisaties, opmerking Dhr. Vande Velde, adviseur bij het ministerie van Buitenlandse Zaken (debat studiedag K.U. Leuven 6 juni 2001) en F. Lozie (P-Magazine 3 oktober 2001), die allen stellen dat een aantal landen frauduleuze documenten aflevert en de aflevering van documenten soms gebeurt door instanties die daar door de eigen wetgever niet bevoegd toe zijn verklaard; zie ook Jaarverslag C.G.K.R., mei 2001: "alleen in België al is het aantal officiële stukken welke kunnen aanvaard worden als identiteitsdocument, of vervangend document, veel te omvangrijk"; zie ook CD&V-Kamerfractie, Evaluatie van de snel-Belg-wet en het CD&V-voorstel voor een nieuwe nationaliteitswetgeving, 5 februari 2002.

Zie ook Rb. Antwerpen 21 september 2001, A.R. 01-1929-B, *onuitg.* In casu hadden de getuigen de betrokkene pas drie jaar tevoren in België leren kennen. Kopieën van schoolrapporten werden afgewezen als niet betrouwbaar, mede omdat er een opvallende gelijkenis bestond tussen de handschriften van de verschillende rapporten, terwijl die door een verschillende scholen waren (zouden zijn) afgeleverd. Tot ongeloofwaardige identiteitsgegevens werd eveneens besloten in geval de documenten in het dossier voor één en dezelfde persoon uiteenlopende geboortedata opgeven en de betrokkene nooit iets had ondernomen om de vergissing recht te zetten: Rb. Antwerpen 8 januari 2002, A.R. 00-5652-B, *onuitg.* Vergelijkbare zaak: Antwerpen 6 februari 2001, A.R. 2001/776, *onuitg.* Daarbij kwam dat de betrokkene in het verleden reeds wegens valsheid in geschrifte en wegens aanmatiging van naam was veroordeeld. Dat element heeft de overtuiging van de rechter mede gestaafd.

<sup>118</sup> Ook feitelijke onmogelijkheid in hoofde van de verzoeker om zelf de geboorteakte te gaan ophalen, wordt aanvaard. De parlementaire voorbereiding verwees daartoe naar de situatie van personen die afkomstig zijn uit oorlogsgebied en naar financiële problemen: Verslag Senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1998-99, nr. 1-512/6, 14. Zie ook de parlementaire bespreking van de gelijkaardige regeling in het nationaliteitsrecht: *Parl. St.* Senaat 26 oktober 2000, 52.

<sup>119</sup> Bepaalde rechters geven diepgaande onderzoeksopdrachten en eisen dat de gegevens van de akte van bekendheid worden gesteund op medische rapporten en een persoonlijkheidsonderzoek. Sommige parketten voeren een systematisch informatieonderzoek door, verhoren de getuigen en de verzoeker, met de vraag om alle stukken voor te leggen die de identiteit kunnen bevestigen. Een schooldiploma, rijbewijs, paspoort, loonattest of huurcontract geeft minstens aan dat de betrokkene zich in België reeds sinds lange tijd uitteefte voor de persoon die hij beweert te zijn. Hetzelfde geldt vanzelfsprekend voor de verzoeker.

Andere rechters bestempelen de akte van bekendheid als het resultaat van een snel onderzoek



**68.** Hetzelfde probleem rijst m.b.t. de beëdigde verklaring. Het mag duidelijk zijn dat deze techniek niets dan zwakheden inhoudt. Bewijzen dat men geen betrouwbare getuigen kan vinden om een akte van bekendheid te laten opstellen, is haast onmogelijk. In de praktijk gebeurt daarom over het algemeen geen controle op de vereiste en wordt een beëdigde verklaring zonder meer opgesteld.

De techniek is evenwel noodzakelijk in het licht van het grondrecht van eenieder om te huwen. Het is wenselijk dat de wetgever de genoemde bedenkingen bij de huidige praktijken aan een evaluatie onderwerpt, zodat de toepassing van de techniek alvast kan worden geminimaliseerd.

**69.** De aanpak van onze naaste buurlanden reikt ons vooralsnog geen alternatieven aan. Frankrijk en Nederland hanteren dezelfde techniek. Frankrijk heeft overigens niet voorzien in een alternatief voor de akte van bekendheid<sup>121</sup>. Vindt de betrokkene geen getuigen, dan is het ten zeerste de vraag hoe hij een identiteitsdocument kan bekomen. Naar Nederlands recht wordt een alternatief geboden voor de regeling van de akte van bekendheid<sup>122</sup>. Ook als het mogelijk is om dergelijke akte te laten opstellen, kan een beëdigde verklaring door de getuigen bij het huwelijk over de identiteit van de huwelijkskandidaat volstaan. Pas als beide onmogelijk zijn, kan de betrokkene zelf een beëdigde verklaring afleggen.

**70.** De regeling van de akte van bekendheid vormt de minst slechte opvangtechniek voor een probleem dat o.i. geen oplossing kent, tenzij, zoals we hierboven voorstelden, door de aanvulling met een DNA-onderzoek, indien mogelijk<sup>123</sup>.

De praktijk toont aan dat indien niet is voldaan aan de vormvoorwaarden of, meer algemeen gesteld, wanneer de huwelijksvoltrekking geweigerd wordt – bijvoorbeeld omdat een schijnhuwelijk wordt vermoed – meerdere koppels zélf voor de ‘*elsewhere approach*’ kiezen en naar het buitenland trekken om daar te huwen. Ze doen dat vanuit de wetenschap dat de behandeling in België van een hoger beroep gemakkelijk ruim een jaar kan aanslepen. Op die manier blijft de preventieve strijd tegen schijnhuwelijken alsnog zonder resultaat.

Soms evenwel blijkt ook huwen in het buitenland niet onmiddellijk tot de mogelijkheden te behoren. Wordt aan de Belgische ambassade in het buitenland verzocht om de aflevering van een document dat attesteert dat er naar Belgisch recht geen beletselen bestaan tegen het huwelijk - een vereiste die in de meeste

---

dat enkel in vorm van de gewone onderzoeken verschilt: Rb. Brussel 16 juni 1999, *onuitg.* (samengevat weergeg. in [http://www.cass.be/cgi\\_juris](http://www.cass.be/cgi_juris)); Rb. Brussel 12 februari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1049. Wegens tijdsgebrek blijken bovendien bepaalde parketten de identiteit van de getuigen niet eens te onderzoeken. Hun verklaring wordt voor waar aangenomen: getuigenissen n.a.v. telefonische getuigenissen en het debat op de studiedag van 6 juni 2001 aan de K.U. Leuven.

<sup>120</sup> Hierover S. D'HONDT, “De doorwerking van het burgerlijk recht in het nationaliteitsrecht. De akte van bekendheid en de beëdigde verklaring in het nationaliteitsrecht”, in M.-CL. FOBLETS e.a. (2002).

<sup>121</sup> Art. 71 C.C.

<sup>122</sup> Art. 45 N.B.W.

<sup>123</sup> Cf. *supra*.

Maghrebijnse landen wordt gesteld - en meent de consul dat er twijfels rijzen, dan doet hij verslag aan het Belgische Ministerie van Buitenlandse Zaken. Dat zendt de zaak door aan de Procureur des Konings. In afwachting van diens advies wordt de huwelijksvoltrekking uitgesteld. Het advies van de Procureur des Konings wordt via het Ministerie van Buitenlandse Zaken doorgezonden naar de consul, die uiteindelijk beslist of hij al dan niet overgaat tot de afgifte van het gevraagde document. Een medewerker van het Ministerie van Buitenlandse Zaken meldde ons dat bij benadering zo'n 30 % van de verzoeken voor een gemengd huwelijk bij de Belgische ambassade in Tunesië en zo'n 60 % van de verzoeken bij de Belgische ambassade in Marokko definitief worden afgewezen omdat er huwelijksbeletselen zijn.

Het hoeft geen betoog dat huwelijksvluchten naar het buitenland met geen andere bedoeling dan aan de Belgische regelgeving op de huwelijksaangifte te ontkomen, onwenselijk zijn. Wordt de vormvereiste al te stroef gemaakt, dan zal haar naleving worden ontweken en treedt alsnog de fraude op die de wetgever met de vereiste beoogde te voorkomen.

Dat besef moet ons ertoe brengen om enkele problemen anders aan te pakken.

**71.** We beperken ons er toe enkele voorstellen tot optimalisatie van de regeling te formuleren. Deze kaderen binnen een ruimer pleidooi voor een verstrenging van de regeling wat de beoordeling betreft van de onmogelijkheid of zware moeilijkheden om een geboorteakte te verkrijgen<sup>124</sup>.

**72.** De vraag of er geen meer betrouwbare technieken kunnen worden aangewend om de geboorteakte te vervangen, heeft de wetgever er vermoedelijk toe bewogen om bij de opstelling van de nationaliteitswet van 1 maart 2000 de voorkeur te geven aan de techniek van het gelijkwaardige document, dat wordt afgegeven door de diplomatieke of consulaire overheden van het geboorteland.

**73.** We kunnen ons de vraag stellen waarom de burgerlijke wetgever er nog niet aan heeft gedacht om in dezelfde zin de afgifte van akten van bekendheid of beëdigde verklaringen te beperken tot situaties waar een diplomatieke tussenkomst geen soelaas kan bieden. Het feit dat het recht om te huwen een grondrecht is, staat er niet aan in de weg dat de Belgische wetgever binnen redelijke perken vormvoorwaarden oplegt die moeten toelaten om op zo betrouwbaar mogelijke wijze na te gaan of de betrokkene huwelijksbekwaam is en welke zijn identiteit is.

**74.** We mogen evenwel niet uit het oog verliezen dat ook de diplomatieke weg meerdere praktische en theoretische problemen blijkt te stellen. Uit gesprekken<sup>125</sup> hebben we kunnen opmaken dat de regeling van het gelijkwaardige document, afgeleverd door de diplomatieke of consulaire diensten, om meerdere

<sup>124</sup> Zie hiervoor onze hierboven aangehaalde publikaties in dit verband.

<sup>125</sup> O.m. gevoerd tijdens en n.a.v. de studiedag van 6 juni 2001 aan de Leuvense rechtsfaculteit over de Belgische nationaliteitswet (zie M.C. FOLETS e.a. (2002)).

redenen op verzet stuit. Opgeworpen werd onder meer dat de betrouwbaarheid van het document vaak te wensen overlaat<sup>126</sup>. De betrokken diensten zouden vaak louter de verklaringen van de betrokkene akteren, zonder hun geloofwaardigheid na te gaan. Bovendien zouden de consulaire of diplomatieke ambtenaren door de Staat die ze vertegenwoordigen vaak niet bevoegd gemaakt zijn om dergelijk gelijkwaardig document op te stellen, zodat het betreffende document alvast naar het nationale recht van de betrokken vreemdeling niet geldig is<sup>127</sup>.

**75.** Kan de diplomatieke of consulaire dienst van een land worden aangesproken, dan betekent dat overigens over het algemeen dat de administratie in het betrokken land zelf ook goed functioneert. De betrokkene kan zich dus vaak evengoed een afschrift van zijn geboorteakte laten toesturen, wat hemzelf, zoals we net stelden, op termijn ook ten goede komt.

**76.** Zijn er evenwel vermoedens dat de geboorteakte niet langer bestaat, dan menen we dat met het oog op de geloofwaardigheid van de identiteit die de betrokkene in België zal worden aangemeten, een tussenoplossing verkieslijk is. Is de diplomatieke of consulaire post bevoegd om het bedoelde gelijkwaardige document af te geven, dan kunnen we minstens vermoeden dat een zekere procedure met gepaste controles ter zake is ingesteld. Ook als de betrokken ambtenaar niet bevoegd blijkt te zijn, menen we dat het document alsnog een grotere geloofwaardigheid bekleedt dan een akte van bekendheid, en *a fortiori* dan een beëdigde verklaring. Ook al komt er in dat geval geen rechter tussen die de geloofwaardigheid van de verklaringen tracht na te gaan, via de eigen diplomatieke vertegenwoordiging in het betrokken land kan al heel wat informatie over de betrouwbaarheid van de akte verkregen worden. Die informatie zou een rol kunnen vervullen bij de beoordeling van het document. Naast de legalisatie zou een systematische inhoudelijke evaluatie kunnen worden overwogen. De uitkomst van dergelijke procedure zou o.i. betrouwbaarder zijn dan de huidige procedure waarbij de vrederechter gegevens moet akteren die hij inhoudelijk niet kan verifiëren.

**77.** Vandaar ons voorstel om in het kader van de procedure tot opstelling van de akte van bekendheid, die subsidiair zou blijven aan de techniek van het gelijkwaardige document uitgaande van een bevoegde consulaire of diplomatieke ambtenaar, te vereisen dat de betrokkene steeds de vertegenwoordiger van zijn land in België om een verklaring van identiteit verzoekt. Slechts indien dergelijk verzoek onmogelijk van de betrokkene kan worden verwacht, bv. indien het gaat om een kandidaat-vluchteling, of indien de betrokkene aantoonde dat meerdere pogingen daartoe vruchteloos bleven, menen we dat genoeg kan worden genomen met de 'klassieke' akte van bekendheid op loutere getuigenverklaring.

---

<sup>126</sup> Deze bemerking werd ook gemaakt tijdens de parlementaire bespreking: Verslag namens de Commissie voor de Justitie, *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, nr. 292/7, 74.

<sup>127</sup> Zie hierover ook J. VAN DE VELDE, "Burgerlijke stand en verblijf van vreemdelingen", in D. CUYPERS, M.C. FOLETS en B. HUBEAU (ed.), *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, deel 6, Brugge, Die Keure, 2001, 456.

**78.** Daarnaast zou een grotere samenwerking tussen administraties en een centralisering van informatie omtrent de wetgeving en administratieve praktijken van andere landen het de rechter gemakkelijker maken om de geloofwaardigheid van getuigenissen te evalueren.

We staan dan ook nader stil bij de vaststelling dat zich problemen stellen inzake informatiedoorstroming.

Het is niet steeds eenvoudig voor de individuele parketdiensten om op de hoogte te blijven van enerzijds het buitenlandse recht en zijn recente evoluties, en anderzijds de voorgaanden van een vreemdeling zonder vaste verblijfplaats. Er gaan stemmen op om de parketten voor deze onderzoeken via gecentraliseerde databanken toegang te verlenen tot de dossiers en informatiekanaalen van de Dienst Vreemdelingenzaken<sup>128</sup>. Vandaag genieten de parketten reeds toegang tot het Rijksregister. In de praktijk blijkt de databank evenwel slecht toegankelijk, wegens overbelasting. Op problemen inzake de praktische haalbaarheid van dit voorstel zou bijgevolg geanticipeerd moeten worden.

**79.** Anderen suggereren om de controlebevoegdheid over te dragen aan een commissie in de schoot van het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Dergelijke commissie zou mogelijk vlotter over de informatie van de Dienst Vreemdelingenzaken kunnen beschikken en tevens van dichterbij de situatie in en het administratieve kaderwerk van de landen van herkomst kunnen kennen.

Hiertegen rijst evenwel mogelijk de kritiek dat het niet is aangewezen om bevoegdheid inzake de staat van de persoon over te dragen op de verblijfsinstanties, ook al is die bevoegdheid slechts van notariële aard. In meerdere andere materies (bv. m.b.t. het schijnhuwelijk) is reeds gebleken dat het familierecht en het verblijfsrecht best door afzonderlijke autoriteiten worden behandeld. Ook is het risico groot dat een bevoegdheidsoverdracht de achterstand in de afhandeling van de dossiers nog doet toenemen.

We menen dat deze kritieken niet verwaarloosd mogen worden en dat het voorstel voor een grotere vlotte informatiedoorstroming de voorkeur geniet.

**80.** Het is van het grootste belang om toegang te krijgen tot recente informatie m.b.t. de landen van herkomst. Zo werden bijvoorbeeld voorheen in bepaalde landen (o.m. Nigeria) geen registers van de burgerlijke stand bijgehouden, maar is de geboorteregistratie inmiddels wél geïnstitutionaliseerd. Voor personen die zich in de overgangsfase bevinden, reikt de administratie van de betrokken landen vervangende geboorteakten uit. Deze worden door de consulaten gelegaliseerd. Van dergelijke wijzigingen in de interne regelgeving kan de rechter zich autonoom nooit tijdig op de hoogte stellen. Om die reden is een vlotte doorstroming van informatie naar de parketten een vereiste.

<sup>128</sup> Getuigenissen tijdens de studiedag van 6 juni 2001, K.U. Leuven (m.b.t. de techniek van de akte van bekendheid binnen het W.B.N.) en tijdens interviews.

**81.** Anderzijds wordt aan de akte van bekendheid, mits hij betrouwbaar is, dan weer o.i. een te beperkte geldingskracht verleend. Bij elke vereiste voorlegging van de geboorteakte moet een nieuwe akte van bekendheid worden opgesteld en gehomologeerd.

**82.** Twee wetsvoorstellen delen onze opvatting en beogen om aan een akte van bekendheid, mits die éénmaal in België is gehomologeerd, rechtsgevolgen te verbinden zolang de betrokkene aantoonst dat hij in de onmogelijkheid of in zware moeilijkheden blijft verkeren om zijn geboorteakte voor te leggen<sup>129</sup>.

**83.** De inspanningen van een intensievere controle (zie ons voorstel hierboven) voorafgaand aan de homologatie van een akte van bekendheid zou hiermee worden gecompenseerd, zowel voor de betrokkene, als voor de administratie die met de aflevering van de akte en de controle wordt belast, door een minder snelle opvolging van aanvragen tot aflevering.

#### **- Een bewijs van identiteit**

**84.** Naast een afschrift van de geboorteakte of één van de genoemde vervangende akten wordt tevens een bewijs van identiteit gevergd. De geboorteakte vermeldt geen foto. Een identiteitsdocument met pasfoto kan zekerheid verschaffen over het feit dat de identiteit van de persoon correspondeert met deze die op de geboorteakte staat aangegeven.

De wetgever heeft verduidelijkt dat elk document waaruit de identiteit van de betrokkene blijkt, in aanmerking komt<sup>130</sup>. Een identiteitskaart volstaat<sup>131</sup>. Het hoeft geen geldig internationaal paspoort te zijn. Ook een rijbewijs of vaccinatiekaart

---

<sup>129</sup> Voorstel van wet van 13 februari 2001 strekkende om artikel 61 van het Burgerlijk Wetboek opnieuw in te voeren wat betreft het bewijs van de geboorte bij gebreke van een akte van geboorte, *Parl. St. Senaat* 2000-2001, nr. 2-652/1, dat artikel 61 van het Burgerlijk Wetboek, opgeheven door de wet van 31 maart 1987, wil herstellen in de volgende lezing: "Ieder die in de onmogelijkheid verkeert zich een akte van geboorte te verschaffen en wiens geboorte naar behoren bewezen is ingevolge een in kracht van gewijsde gegane beslissing, kan zich op die beslissing beroepen in elke procedure waarin de overlegging van een akte van geboorte vereist is". Een eerder bewijs van de geboorte, door akte van bekendheid of door een bewijs in het licht van art. 46 B.W., zou m.a.w. van gelding zijn zolang de betrokkene bewijst dat het onmogelijk blijft om een afschrift of een uittreksel van zijn akte van geboorte over te leggen. Het voorstel van wet van 13 september 2001 tot wijziging van artikel 70 van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St. Senaat* 2001-2002, nr. 2-899, wil art. 70 B.W. aanvullen met volgende zinsnede: "Indien deze echtgenoot de Belgische nationaliteit heeft verworven via naturalisatie en met het oog op het verkrijgen van de Belgische nationaliteit via naturalisatie een akte van bekendheid heeft verkregen, en voor zover deze echtgenoot in de onmogelijkheid verkeert zich de akte van geboorte te verschaffen, kan de akte van geboorte tevens worden vervangen door een afschrift van het in kracht van gewijsde gegane vonnis waarbij de akte van bekendheid werd gehomologeerd".

<sup>130</sup> Verantwoording bij Amendement nr. 6 van de Regering inzake het Voorstel van Wet houdende invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een artikel 171bis betreffende de schijnhuwelijken, *Parl. St. Senaat* 1998-99, nr. 1-512/4, 10.

<sup>131</sup> Omz. 17 december 1999 inzake de Wet van 4 mei 1999 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende het huwelijk, *B.S.* 31 december 1999.

uitgaande van een regeringsdienst van het land van herkomst zou als bewijs van identiteit kunnen worden aanvaard, bv. m.b.t. onderdanen van een land dat geen identiteitskaarten uitreikt<sup>132</sup>, mogelijk ook t.a.v. o.m. Britten voor wie het identiteitsdocument niet meer zekerheid biedt dan een rijbewijs.

**85.** Deze regeling getuigt van een terechte soepelheid. Het is immers slechts nodig dat een min of meer officieel document met foto de identiteit op de geboorte- of vervangende ake bevestigt.

### - Een bewijs van nationaliteit

**86. Begrip.** Het Belgische huwelijksrecht vereist tevens de voorlegging van een nationaliteitsbewijs. Aan de hand hiervan wordt nagegaan welk familierecht van toepassing is en bijgevolg bepaalt of de betrokkene voldoet aan de grondvoorwaarden voor het huwelijk.

In het licht van ons aanknopingsvoorstel zou deze vereiste m.a.w. kunnen wegvallen als niet wordt (of niet langer kan worden) geopteerd<sup>133</sup> voor een aanknopings bij de *lex patriae*. Wordt aangeknoopt bij de wet van de Staat van (voormalig) stabiel verblijf, dan kan de vereiste worden vervangen door een bewijs van het verblijf en van de verblijfsduur in die Staat. Wordt aangeknoopt bij de Belgische wet, dan is het niet nodig om, naast de verblijfstitel (*cf. infra*), nog enig bijkomend document voor te leggen met het oog op het bepalen van het toepasselijke recht. Wél kan de ambtenaar of rechter hierom verzoeken, met het oog op het bepalen van de aard van de verblijfspositie, bv. om na te gaan of de betrokkene reeds in aanmerking komt voor het verkrijgen van de Belgische nationaliteit. Voor minderjarigen zal het bewijs van de nationaliteit en verblijfssituatie van de ouders en een voorlegging van de geboorteakte (waaruit blijkt of ze al dan niet in België zijn geboren) volstaan. Voor minderjarigen zal een bewijs van de verblijfsduur, van de nationaliteit van de ouders, van de eigen geboorteplaats en eventueel verblijfsgechiedenis worden gevergd.

Via een optekening van de optie in het vreemdelingenregister kan elke rechter nagaan of de partij die voor hem staat reeds een optie heeft gemaakt of voor het eerst m.b.t. zijn personeel statuut in aanraking komt met een openbare instantie. Aangezien bij de huwelijksaangifte steeds om de voorlegging van het bewijs van inschrijving wordt verzocht, zou een vermelding ervan op dat afschrift geen bijkomende formaliteiten vergen.

<sup>132</sup> E. MEULDERS, "Huwelijksafkondiging wordt aangifte van het huwelijk", *De Burg. St.* 1999, 70, m.b.t. het rijbewijs; m.b.t. de vaccinatiekaart: Luik 28 november 1986, *J.L.M.B.* 1987, 52. M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-87)", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 205, ziet hierin een aanvaardbaar soort van zelf-gecreëerde regel van materieel I.P.R.

<sup>133</sup> We herhalen dat de betrokkene slechts een optierecht zou worden gelaten als zijn personeel statuut voorheen niet reeds werd beoordeeld in toepassing van één van de rechtsstelsels waarbij kan worden aangeknoopt (*lex patriae*, Belgische wet of wet van de Staat van (voormalig) stabiel verblijf. Is dat wél het geval, dan wordt deze aanknopingsmethodiek, in het licht van de internationale beslissingsharmonie, voortgezet.

87. We stellen ons de vraag waarom het internationaal paspoort (of voor EU-onderdanen: de identiteitskaart) niet kan volstaan als bewijs van nationaliteit. Enkele ambtenaren bevestigden ons dat hier de vrees speelt dat een persoon die recent zijn oorspronkelijke nationaliteit is verloren door de vrijwillige verwerving van een andere nationaliteit en die zijn identiteitskaart niet inleverde bij de autoriteiten van zijn land van herkomst, mogelijk fraude zal beogen te plegen als de huwelijksbepalingen van zijn voormalige personele recht hem meer tot voordeel strekken. Het is de vraag of een veralgemeende vereiste die louter steunt op de doelstelling om dergelijke fraude te voorkomen, proportioneel is.

Er zijn m.n. voldoende alternatieven denkbaar. Gedacht kan worden aan een terugval op de identiteitskaart of een ander identiteitsstuk bij onmogelijkheid om een attest van nationaliteit voor te leggen, bv. voor (kandidaat-)vluchtelingen of bij bewijs dat de diplomatieke post de afgifte weigert. Ontbreken ook die stukken en zijn er geen aanwijzingen van fraude, dan menen bepaalde ambtenaren overigens dat een verklaring van nationaliteit bij de huwelijksaangifte kan volstaan<sup>134</sup>.

88. Met meerdere auteurs en rechters menen we dat een paspoort<sup>135</sup>, identiteitskaart<sup>136</sup> of bewijs van inschrijving<sup>137</sup> kan volstaan om de nationaliteit van een persoon algemeen<sup>138</sup>, of minstens in bijzondere omstandigheden<sup>139</sup> na te gaan. De aangehaalde 'vervangende' documenten hebben weliswaar geen absolute bewijskracht. Een (consulair) nationaliteitscertificaat echter evenmin<sup>140</sup>.

<sup>134</sup> Getuigenis E. MEULDERS, VLAVABBS, n.a.v. persoonlijke bevraging. MEULDERS stelt voor om art. 64 B.W. aan te vullen met de bepaling dat aan dergelijke verklaring het gevolg te koppelen dat het huwelijk naar Belgisch recht wordt gesloten en beoordeeld, om alvast te vermijden dat een leugenachtige nationaliteitsverklaring zou worden afgelegd met het oogmerk om voordeliger recht toegepast te zien.

<sup>135</sup> Rb. Luik 23 mei 1986, *J.L.* 1986, 421 (m.b.t. Pakistaanse kandidaat-vluchteling met drie jaar verblijf in België); M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-87)", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 205: pleidooi voor dergelijke *ad hoc* materiële I.P.R.-regels die zijn aangepast aan de internationale aard van de situatie.

<sup>136</sup> R. DEKKERS, noot onder Rb. Brussel 10 juni 1933, *Belgique judiciaire* 1933, 543, verwerpt de stelling van Rb. Gent 1 juni 1921, *Pas.* 1921, III, 119, dat het K.B. van 6 februari 1919 geen verplichting oplegt om de nationaliteit aan te geven op de identiteitskaart en dat de niet-noodzakelijke vermelding dan ook geen bewijskracht heeft, op grond van de vaststelling dat het K.B. geen enkele verplichte vermelding oplegt. De ambtenaar van de burgerlijke stand heeft overigens de bevoegdheid om een nationaliteitscertificaat af te leveren. Waarom zou een melding in de identiteitskaart dan niet geldig zijn? Dekkers stemt er wél mee in dat de vermelding slechts aangewend mag worden bij vernietiging van de originele Belgische stukken en registers, en dat ze met andere zware, precieze en niet tegenstrijdige vermoedens moet aangevuld worden (zie art. 1353 B.W.).

<sup>137</sup> A. SAPART, "Célébration et reconnaissance des mariages d'étrangers en Belgique. Implications au niveau communal", *Rev. dr. étr.* 1996, 518; M. NYS (2002), 226 (verwijst ook naar de geboorteakte of een celibaatstatustest). Zie ook getuigenissen van ambtenaren van de burgerlijke stand.

<sup>138</sup> A. SAPART, *l.c.*, 518.

<sup>139</sup> Rb. Luik 23 mei 1986, *J.L.* 1986, 421 (m.b.t. Pakistaanse kandidaat-vluchteling met drie jaar verblijf in België); M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-87)", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 205.

<sup>140</sup> Cf. *infra*, bewijskracht.

SENAEVE<sup>141</sup> wijst erop dat vaak genoeg wordt genomen met een getuigschrift van verblijfplaats, afgegeven door de gemeentelijke Dienst van de bevolking, ook al heeft het geen authentieke bewijskracht wat betreft de vermeldingen m.b.t. de staat van de persoon. De feitelijke bewijswaarde ervan is overigens groot als een element van de burgerlijke staat niet met een bewijskrachtigere titel kan worden bewezen. Als voorbeeld van moeilijk te bewijzen gegevens noemt SENAEVE precies de nationaliteit. Hiermee geeft hij o.i. impliciet aan dat alvast voor Belgen een getuigschrift van verblijfplaats evengoed tot bewijs van de nationaliteit kan dienen als een certificaat van nationaliteit.

Voor vreemdelingen kan dergelijke redenering mogelijk moeilijker liggen, aangezien de nationaliteitsverstreckende instantie niet onder hetzelfde overheidsapparaat ressorteert als de overheidsdienst die het verblijfsbewijs aflevert. Wél kunnen we ons de vraag stellen of vreemdelingen met wettig verblijf hun nationaliteit niet reeds bij de binnenkomst hebben moeten aantonen. Zeker voor vreemdelingen die als EU-burger tot het Rijk zijn toegelaten, kunnen we ervan uitgaan dat het voordeel van bevoorrechte vreemdeling hun niet op lichtzinnige wijze is toegekend. In het licht van de nadruk die steeds meer wordt gelegd op nationale en internationale veiligheid, denken we bv. aan het Schengen-informatiesysteem (SIS), menen we dat ook t.a.v. andere vreemdelingen bij de binnenkomst reeds op zekerheid wordt gespeeld wat de nationaliteit en daardoor de traceerbaarheid van de voorgeschiedenis betreft.

**89.** In dat verband menen we dat een aanvaarding van het paspoort met het oog op de binnenkomst de deur opent voor een ruimere aanwending ervan. Is de betrokkene sinds zijn binnenkomst in België gebleven, dan is de kans klein dat zijn personele staat wijzigingen heeft ondergaan die ontsnapt zijn aan de aandacht van de Belgische autoriteiten.

De vereiste om een nationaliteitscertificaat voor te leggen wordt m.a.w. best niet al te strikt gehanteerd. Het Hof van Cassatie, lagere rechtspraak en bepaalde auteurs oordelen evenwel in tegengestelde zin<sup>142</sup>.

**90. Verstreckende instantie.** De parlementaire voorbereiding van de wet van 1999 geeft aan dat een bewijs van nationaliteit moet worden verstrekt door de

<sup>141</sup> P. SENAEVE, *Compendium* (2003), nr. 189.

<sup>142</sup> Cass. 4 juni 1909, *Pas.* 1909, I, 282; Cass. 29 juni 1933, *Pas.* 1933, I, 280 (mede m.b.t. de ontstentenis van bewijskracht terzake door de geboorteakte); Brussel 6 april 1925, *Rev. adm.* 1926, 467; Rb. Gent 1 juni 1921, *Pas.* 1921, III, 119 (een identiteitskaart schept slechts een vermoeden inzake nationaliteit; K.B. 6 februari 1919 stelt niet dat de gemeente de nationaliteit moet aangeven op de identiteitskaart. De vermelding ervan bewijst dan ook niet de nationaliteit); Rb. Brussel 10 juni 1933, bevestigd door Brussel 3 juli 1933, *Belgique judiciaire* 1933, 538, noot R. DEKKERS; M. VAN DE PUTTE en J. CLEMENT, *Nationaliteit*, Antwerpen, Kluwer, 2001, 97; A. HEYVAERT en A. VANCRAENENBROECK, Art. 4-1 tot 4-3 W.B.N in *Comm. Pers.* Zie ook Tb. Seine 19 december 1919, *J.D.I.* 1920, 201; Tb. Seine 28 december 1928, *J.D.I.* 1930, 154: een vermelding van de nationaliteit in een paspoort, consulaire certificaat of attest van de gemeente van verblijf vormt geen bewijs van nationaliteit.



bevoegde buitenlandse instantie<sup>143</sup>. We kunnen ons evenwel indenken dat niet steeds even gemakkelijk achterhaald kan worden welke instantie *in concreto* bevoegd is. Voor Belgen volstaat een uittreksel uit het bevolkingsregister. Voor Staten die dergelijk register niet bijhouden ligt de zaak moeilijker. Ook zijn niet alle ambassades naar intern recht bevoegd om dergelijk bewijs af te geven<sup>144</sup>. Soms moet de vreemdeling, zoals ook geldt voor Belgen, een beroep doen op een rechtbank van het land van herkomst. Betekent dat dat van hem verwacht kan worden dat hij tijdelijk naar zijn herkomstland terugkeert? Kan een paspoort of inschrijving in het vreemdelingenregister niet volstaan? Of kan aan een verklaring van de consulaire dienst toch niet voldoende bewijskracht worden verleend om het document te aanvaarden?

**91. *Relatieve bewijskracht naar Belgisch recht, als niet opgesteld door de nationaliteitsverstreckende instantie.*** Steunt een vreemdeling zijn nationaliteit slechts op een vermelding in een paspoort, inschrijving in consulaire registers, of elk ander document dat de nationaliteit onrechtstreeks vaststelt, dan zijn de rechtbanken en autoriteiten die hiermee worden geconfronteerd gerechtigd om die documenten slechts aan te nemen tot bewijs van het tegendeel.

Ook een nationaliteitscertificaat heeft evenwel slechts beperkte bewijskracht als het niet is opgesteld door de nationaliteitsverstreckende instantie<sup>145</sup>. Het certificaat attesteert in dat geval immers slechts een persoonlijke appreciatie van de opsteller (bv. een rechter in het kader van een vonnis die een andere zaak betrof). Deze steunt zich slechts op een vermoeden, aangezien hij niet de nationaliteitsverstreckende instantie is. De rechter of ambtenaar kan de buitenlandse nationaliteitswet raadplegen en nagaan of de betrokkene effectief aan de verwervingsvereisten voldoet of heeft voldaan. Is dat niet het geval, dan vervalt de bewijskracht van het document<sup>146</sup>. Het document moet zelf steeds verwijzen naar de bepalingen op grond waarvan tot het bezit van de vermelde nationaliteit werd besloten<sup>147</sup>.

Een Staat kan evenwel niet weigeren een nationaliteit te erkennen als het bewijs ervan bij authentieke akte of vonnis wordt geleverd door de bevoegde autoriteiten van de Staat van nationaliteit<sup>148</sup>. Dergelijke weigering zou een inbreuk begaan op de soevereiniteit van die Staat. Ook als de nationaliteit ten onrechte zou zijn toegekend, heeft een andere Staat zich daar niet mee in te laten.

**92. *Absolute bewijskracht naar Frans recht.*** Het Franse Hof van Cassatie heeft de absolute bewijskracht van een consulaire nationaliteitscertificaat daarentegen reeds meermaals bevestigd, ook als het certificaat niet is opgesteld door de auto-

<sup>143</sup> Verslag Kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1991/3, 18.

<sup>144</sup> Zie o.m. J. VAN DE VELDE, in D. VANHEULE, M.C. FOLETS en B. HUBEAU (eds), *Migratie- en migrantenrecht*, deel 8, te verschijnen.

<sup>145</sup> J. DE BURLET (1987), nr. 1306.

<sup>146</sup> J. DE BURLET (1987), nr. 1306; F. RIGAUX (1987), nr. 218, 2° en nr. 241.

<sup>147</sup> TGI Aix 15 november 1979 en Paris 20 februari 1981, *R.C.D.I.P.* 1981, 263.

<sup>148</sup> J. DE BURLET (1987), nr. 1305.

riteit die de nationaliteit heeft toegekend<sup>149</sup>. Het volstaat dat het certificaat uitgaat van een bevoegde autoriteit van het land van nationaliteit, desgevallend een consulaire dienst, opdat de inhoud ervan onweerlegbaar voor waar zou worden aangenomen. Vormgebreken aan de akte volstaan niet steeds om de akte niet-tegenstelbaar te verklaren<sup>150</sup>.

D.m.v. de *equivalentietechniek* gebeurt een afweging tegen het model van een Franse nationaliteitsverklaring. Een eenvoudige consulaire attestering zal bv. op een verzet stuiten, aangezien die ook naar het recht van de uitreikende instantie geen bewijswaarde heeft<sup>151</sup>.

Naar Frans voorbeeld hebben ook bepaalde Belgische rechters reeds onvoorwaardelijk, zonder enige controle, toepassing gemaakt van nationaliteitscertificaten, omdat reeds een minimale controle een inbreuk zou vormen op de soevereiniteit van de verstreckende Staat<sup>152</sup>.

**93.** Van een eigen Frans nationaliteitscertificaat heeft de Franse administratie daarentegen reeds meermaals de bewijskracht afgewezen. Het Franse Hof van Cassatie heeft de administratie daarbij in het gelijk gesteld in een zaak waarbij een persoon van Israëliëse herkomst die was geboren in Algerije met een nationaliteitscertificaat zijn Franse nationaliteit poogde aan te tonen. Het certificaat

<sup>149</sup> Cass. fr. 17 februari 1982, *R.C.D.I.P.* 1983, 249, noot H. BATIFFOL; Cass. fr. 29 juni 1983, *R.C.D.I.P.* 1984, 77, noot P. LAGARDE; Cass. fr. 20 april 1982, *J.C.P.* 1982, II, 19.803.

<sup>150</sup> C. PAMBOUKIS (1993), 217.

<sup>151</sup> O.m. Cass. fr. 17 februari 1982, *R.C.D.I.P.* 1983, 249, noot BATIFFOL; Cass. fr. 29 juni 1983, *R.C.D.I.P.* 1984, 77, noot P. LAGARDE; Cass. fr. 20 april 1982, *J.C.P.* 1982, II, 19.803.

<sup>152</sup> Rb. Brussel 10 juni 1933, bevestigd door Brussel 3 juli 1933, *Belgique judiciaire* 1933, 538, noot R. DEKKERS: bewijskracht aan het certificaat verlenen, staat gelijk met "respecter la foi due aux actes d'un gouvernement étranger". Het betrof *in casu* nochtans een bewijs van Belgische nationaliteit. Een Belg was naar Duitsland gevlucht en België vroeg het land om uitlevering om de man te berechten wegens bankroet. Duitsland had de uitlevering geweigerd omdat de man inmiddels Duits onderdaan zou zijn geworden. Nadat hem amnestie was verleend, ging de man terug naar België. De overheid wilde hem uitzetten. De man wierp evenwel de onmogelijkheid daarvan op, omdat hij nog steeds Belg was. De verdedigende partij stelde dat eiser zijn nationaliteit had verloren door vrijwillige verwerving van de Duitse nationaliteit. Hij legde daartoe de toenmalige nota van de Duitse minister van Buitenlandse Zaken voor waarin deze weigerde om verzoeker uit te leveren, omdat hij Duits onderdaan was. Eiser betwiste de geldigheid van dat document en stelde dat verdediger zijn bewijs slechts kon leveren a.h.v. een uittreksel van de akte op grond waarvan hij de Duitse nationaliteit zou hebben verworven. De verklaring van de Duitse regering gaf de datum van nationaliteitsverwerving aan. De rechter nam er genoegen mee, ook al wierp eiser fraude op. De rechtbank oordeelde dat de Duitse regering niet de plicht had om te motiveren waarop ze de nationaliteitsverwerving steunde. Het Hof van Beroep had nog even getwijfeld n.a.v. een verklaring van de Duitse dienst van Buitenlandse Zaken in Berlijn dat de man inmiddels niet langer Duits onderdaan was, maar oordeelde vervolgens dat de man in dat geval apatride zou zijn, aangezien hij er niets voor had gedaan om de Belgische nationaliteit te herkrijgen. De uitkomst zou in dat geval evenwel anders geweest moeten zijn, aangezien een staatloze niet uitgewezen kan worden (zie ook noot DEKKERS: een categorie die door de wet niet is voorzien, moet beschermd worden); Rb. Tunis 9 mei 1923, *J.D.I.* 1924, 443, kritische noot J. PERROUX: aannahme nationaliteitscertificaat consul-generaal V.K. "agissant par ordre et par autorisation spéciale du gouvernement de Sa Majesté britannique". Het certificaat heeft volgens de rechter het karakter van "émanation de la puissance d'un état souverain (...) qui échappe à l'examen et au contrôle de ses tribunaux".

bleek evenwel onjuistheden te bevatten, aangezien de man de Franse nationaliteit inmiddels was verloren in toepassing van art. 155 Nationaliteitswet, dat de nationaliteit slechts verleende aan afstammelingen van Fransen van Algerijnse herkomst die op hun beurt ook in Algerije zelf waren geboren en die overigens bezit van staat van Frans onderdaan hadden<sup>153</sup>. De man in kwestie had al sinds twintig jaar geen bezit van staat van Fransman meer. Cassatie oordeelde dat het Hof van Beroep daar rekening mee had moeten houden, ook al had het Franse consulaat de betreffende gegevens niet ingeschreven.

Het arrest geeft aan dat de inhoud van een Frans nationaliteitscertificaat wél weerlegd kan worden ten overstaan van een Franse rechter. De bewijslast rust op de partij die de bewijskracht van het nationaliteitscertificaat betwist. Dit kwam heel duidelijk tot uiting in een arrest van het Parijse Hof<sup>154</sup>. Een Frans-Indische islamitische vrouw zag haar Franse nationaliteitscertificaat van 1956 betwist<sup>155</sup>. Het document beantwoordde aan alle vormvereisten, was gemotiveerd op grond van nationaliteitsbepalingen en bevatte geen manifeste tegenstrijdigheden. Een kleine vergissing m.b.t. de datum van het visum dat op het certificaat was aangebracht, werd door de vingers gezien. De bewijslast rustte op het O.M., niet op de betrokkene. Het O.M. slaagde er niet in om de vermeldingen van het certificaat op voldoende overtuigende wijze te weerleggen<sup>156</sup>.

**94.** Vandaag levert Frankrijk voor zijn onderdanen geen bewijzen van nationaliteit meer af<sup>157</sup>. Het enige bewijs van nationaliteit dat een Frans onderdaan nog kan

<sup>153</sup> P. AYMONT, noot onder Cass. fr. 23 februari 1977, *J.D.I.* 1978, 319.

<sup>154</sup> Paris 25 oktober 1977, *J.D.I.* 1978, 322, noot P. AYMONT.

<sup>155</sup> Voorheen had ze een certificaat van 1964 voorgelegd dat aangaf dat ze was geboren uit onbekende ouders, Frans onderdaan was en dat haar huwelijk geen invloed had gehad op haar nationaliteit. Onderzoek wees evenwel uit dat de vrouw steeds staat van wettig kind had gehad t.a.v. haar – wel bekende – gehuwde ouders. Het document werd afgewezen. De vrouw legde vervolgens een ouder nationaliteitscertificaat van 1956 voor waaruit bleek dat ze als meerderjarige een beroep had gedaan op een voordelige regeling voor verblijfhouders van Madagascar om de Franse nationaliteit te verwerven. Dit certificaat werd aanvaard, bij gebrek aan bewijs van onjuiste vermeldingen.

<sup>156</sup> Het kon m.n. niet met voldoende zekerheid de nationaliteit van de echtgenoot op het ogenblik van het huwelijk aangeven, om daar vervolgens uit af te leiden dat de vrouw ten gevolge van haar huwelijk zijn nationaliteit zou hebben verworven, en bijgevolg de Franse nationaliteit zou zijn verloren. In dezelfde zin: TGI Aix 15 november 1979 en Paris 20 februari 1981, *R.C.D.I.P.* 1981, 263: een nationaliteitscertificaat heeft slechts bewijswaarde als het de bepalingen van de nationaliteitswet aangeeft op grond waarvan de nationaliteit *in casu* is toegekend. De bewijskracht van het certificaat vervalt als de geboorteakte de vermelding weerlegt dat de afstamming van de betrokkene niet vaststaat. *In casu* was evenwel de vereiste motivering van de nationaliteit weergegeven en had het O.M. niet aangetoond dat de betrokkene geen Frans onderdaan was. Een aanverwante zaak werd behandeld door Cass. fr. 12 januari 1982, *R.C.D.I.P.* 1982, 503, noot P. LAGARDE. Het Hof verbrak *in casu* een arrest waarbij een Algerijn de kwaliteit van onderdaan “de statut civil de droit commun” was geweigerd, op grond van de stelling dat zijn bezit van staat van Frans onderdaan geen voldoende aanwijzing was voor zijn uitdrukkelijke afstand van zijn oorspronkelijke burgerlijke staat. Door die weigering was de man niet in de mogelijkheid gesteld om van rechtswege de Franse nationaliteit te behouden.

<sup>157</sup> De vroegere afgifte gebeurde door de Franse *juge d'instance*. Het bewijs vermeldde op grond van welke wetsbepaling en welke documenten de nationaliteit *in casu* was verworven. A.h.v. het buitenlandse recht bepaalde de rechter wat bewezen moest worden. Dat gebeurde vervolgens

voorleggen is een (geldig) paspoort of Franse identiteitskaart.

**95. Evaluatie.** We sluiten ons aan bij de huidige Belgische opvatting ter zake: het certificaat is niet opgesteld door de autoriteit die de nationaliteit heeft toegekend en heeft daarom geen absolute bewijskracht. We steunen de toepasselijkheid van deze algemene bewijsregel mede op de vaststelling dat er *in casu* niet bij wet van is afgeweken<sup>158</sup>.

**96.** Het verschil in bewijskracht tussen een akte en een certificaat is deels hierin gelegen dat bij de opstelling van de akte het feit waarover hij handelt officieel wordt vastgesteld, denken we aan de geboorteakte, de huwelijksakte, de overlijdensakte. Een certificaat bevestigt daarentegen het bestaan van een akte die aan de grondslag ligt van een bestaande rechtssituatie. Het wordt nadien opgesteld, is louter declaratief, attesteert m.n. dat een akte voorheen is opgesteld. Als dusdanig heeft het dan ook zo goed als geen bewijskracht.

**97.** De bewijskracht van een certificaat kan wel voortvloeien uit een specifieke wetsbepaling. Zo zijn authentieke uittreksels uit de bevolkingsregisters slechts certificaten, maar genieten ze ingevolge de wet absolute bewijskracht.

Een nationaliteitscertificaat geniet daarentegen geen sterke bewijskracht. Het moet juridisch gevolg verlenen aan een feitelijke situatie, maar verwoordt slechts een 'opvatting inzake de nationaliteit' van zijn opsteller, een bevoegd ministerieel departement, consul of ambtenaar van de burgerlijke stand.

**98.** Wél menen we dat de soevereiniteit van de verstreckende Staat speelt wat betreft de kwalificatie die aan een buitenlands document kan worden toegekend. Ook al heeft de akte naar Belgisch recht geen absolute bewijswaarde en kan zijn inhoud worden weerlegd, zolang dat laatste niet gebeurt, kan o.i. bv. een afschrift van een naturalisatieakte volstaan om de nationaliteit te bewijzen<sup>159</sup>. Er kan evenwel geen grotere waarde aan worden toegekend dan in het land van afgifte<sup>160</sup>.

De invulling van het begrip 'nationaliteitscertificaat' dient m.a.w. o.i. te gebeuren in toepassing van de *lex loci*.

**99.** Deze appreciatie vindt steun in een verdrag van de C.I.E.C. in dit verband, dat bepaalt dat nationaliteitscertificaten onderling worden vermoed tot bewijs te strekken tot bewijs van het tegendeel<sup>161</sup>.

---

a.h.v. de bewijsmiddelen die het forale recht aanreikte.

<sup>158</sup> Cf. *supra*, onze bemerkingen bij de bewijskracht van het afschrift van een akte van de burgerlijke stand.

<sup>159</sup> J. DERRUPE, "La nationalité étrangère devant le juge français", *R.C.D.I.P.* 1959, 219-220.

<sup>160</sup> In dezelfde zin: J. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1950, I, nr. 142bis; R. SAVATIER, *Cours de droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1953, nr. 59.

<sup>161</sup> 'Convention relative à la délivrance d'un certificat de nationalité' van 25 maart 1999, ondertekend in Lisboa op 14 september 1999, CIEC, *Conventions et recommandations, supplément 2*,

**- Een bewijs van de ongehuwde staat, en in voorkomend geval van de ontbinding of nietigverklaring van de vorige huwelijken**

**100.** De huwelijkskandidaat moet tevens een celibaatsattest voorleggen, of minstens een bewijs uit de bevolkingsregisters dat hij nog ongehuwd is. Deze vereiste kadert in de strijd tegen polygamie.

**101.** In de praktijk wordt aanvaard dat vreemdelingen uit Staten die nog geen bevolkingsregisters kennen<sup>162</sup> of waar deze bv. t.g.v. oorlog zijn vernietigd, een onder eed afgelegde verklaring voorleggen (*affidavit*) die is opgemaakt door een notaris, in het bijzijn van twee getuigen<sup>163</sup>. In dit verband moet evenwel de evolutie van het betrokken rechtssysteem nauwgezet worden opgevolgd. Het is o.i. gerechtvaardigd om te vereisen dat de onderdaan van een Staat een uittreksel opvraagt uit de registers, als die bestaan en als dergelijke opdracht niet uiterst moeilijk of onmogelijk te vervullen is. In de jaren 1980 bv. werd nog in toepassing van Ghanees recht toegelaten dat een notariële akte waarin het familiehoofd naar eer en geweten een verklaring aflegde over de burgerlijke staat van het kind dat beoogt te huwen, getuigde van diens ongehuwde staat<sup>164</sup>. De betreffende wet, wet nr. 389, m.b.t. het afleggen van een verklaring naar eer en geweten, vereiste evenwel reeds dat bij huwelijkssluiting in Ghana tevens een bewijs werd verstrekt van de wettige woonplaats. Dit wijst erop dat in Ghana reeds op dat ogenblik registers van de burgerlijke stand bestonden. Bepaalde auteurs stelden zich dan ook terecht (impliciet) de vraag of genoeg genomen kon worden met dergelijke *affidavit* of integendeel moest worden aangedrongen op een celibaatsattest uitgaande van de administratieve diensten<sup>165</sup>. De Antwerpse rechtbank heeft de Ghanese *affidavit* afgewezen, met de latere steun van het Hof van Beroep<sup>166</sup>.

Te meer daar de *affidavit* slechts steunt op een getuigenis, hoogstens vergelijkbaar met een Belgische akte van bekendheid, menen we dat deze afwijzing terecht gebeurde.

**102.** De zaak ligt anders als, zoals in onze bespreking over het nationaliteitsbewijs, de verklaring uitgaat van een openbare overheid.

---

1998-99, Strasbourg, CIEC, 2000, 280 e.v.

<sup>162</sup> Volgens J. VANDE VELDE, *l.c.*, hanteren zo goed als alle Staten inmiddels een registersysteem.

<sup>163</sup> G. VERSCHULDEN, "Art. 64 B.W.", in *Comm. Pers.* (2000), 5; L. WALLEYN, "Recht op huwelijk en gezinsleven voor niet-verblijfsgerechtigde vreemdelingen", in I.C.M. (ed.), *Jaarboek 1996/97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1997, 151.

<sup>164</sup> Hierover o.m. K.Y. YEBOA, "Formal and essential validity of Akan and Ghanaian customary marriages", *University of Ghana Law Journal* 1993-1995, 133-144.

<sup>165</sup> T. OVERLAET, "Het getuigschrift van huwelijksbekwaamheid van onderhorigen buiten Europa", *De Burg. St.* 1986, 8.

<sup>166</sup> Kort ged. Antwerpen 14 oktober 1991, *T. Vreemd.* 1994, 133, bevestigd door Antwerpen 2 februari 1993, *onuitg.*

Samen met bepaalde auteurs menen we bv. dat het bewijs in België eveneens kan worden geleverd a.h.v. een eenvoudig bewijs van inschrijving<sup>167</sup>. De bewijskracht van een celibaatsattest moet overigens worden gerelativeerd, aangezien ook de autoriteiten van het vaderland nooit met volledige zekerheid kunnen stellen dat een persoon nog celibatair is en niet in het geheim is gehuwd in het buitenland<sup>168</sup>. Ook een gelegaliseerd attest kan geen zekerheid scheppen en kan niet het overwicht halen op de mogelijk latere vaststelling dat iemand wél rechtsgeldig is gehuwd.

**103.** Er zijn effectief reeds problemen gerezen m.b.t. de legalisatie van het attest en de authenticiteit ervan. Meermaals bleek de erin opgenomen verwijzing naar de verblijfplaats betrekking te hebben op een fictieve verblijfplaats in de Staat waar de betrokkene het celibaatsattest beoogde te verkrijgen. Het is onduidelijk waarom bepaalde vreemdelingen voor het attest *in casu* naar Nederland trokken, als ze reeds in België verbleven en er beoogden te huwen<sup>169</sup>.

Soms bleek het paspoort van betrokkene onbetrouwbaar<sup>170</sup> of was over het algemeen de ongehuwde staat onvoldoende bewezen<sup>171</sup>.

Een vordering in kort geding om te besluiten tot onmogelijkheid om de ongehuwde staat binnen een redelijke termijn te bewijzen en tot vrijstelling van de vereiste, met het oog op een snelle huwelijksvoltrekking, werd meermaals terecht afgewezen, aangezien "er geen ernstige redenen zijn om aan te nemen dat de belangen van verzoekers zo diepgaand bedreigd worden dat het opleggen van een onomkeerbare maatregel als de voltrekking van een huwelijk gerechtvaardigd is. Aan dit bezwaar kan ongetwijfeld op korte termijn verholpen worden als er inderdaad geen huwelijksbeletsel is"<sup>172</sup>.

<sup>167</sup> A. SAPART, "Célébration et reconnaissance des mariages d'étrangers en Belgique. Implications au niveau communal", *Rev. dr. étr.* 1996, 518.

<sup>168</sup> T. OVERLAET, "Het getuigschrift van huwelijksbekwaamheid van onderhorigen buiten Europa", *De Burg. St.* 1986, 8.

<sup>169</sup> Zie o.m. Kort ged. Antwerpen 30 juni 1997, *De Burg. St.* 1998, 477 (het door een Marokkaan voorgelegde certificaat is afkomstig van het consulaat-generaal van Marokko in Amsterdam. De verwerende partij betwist de authenticiteit ervan en stelt dat het niet is gelegaliseerd. Eiser geeft bovendien in zijn pleidooien en besluiten openlijk toe dat het certificaat een 'manifeste onwaarheid' bevat m.b.t. zijn verblijfplaats. Hij erkent m.n. een fictieve verblijfplaats in Nederland te hebben opgegeven, louter en alleen met het doel dergelijk certificaat te verkrijgen. Dit betekent dat eiser in feite door bedrieglijke middelen in het bezit is gekomen van dit certificaat. In geval van legalisatie "zouden eveneens de van dit certificaat manifest onjuiste vermeldingen die wetens en willens in strijd met de waarheid werden afgelegd, gelegaliseerd worden en authenticiteit verkrijgen, hetgeen in strijd is met de openbare orde"). In dezelfde zin: Kort ged. Antwerpen 12 augustus 1997, *De Burg. St.* 1998, 482.

<sup>170</sup> Kort ged. Antwerpen 12 augustus 1997, *De Burg. St.* 1998, 482 (betrokkene maakte tevens gebruik van een paspoort waarin de fictieve verblijfplaats, op grond waarvan hij het paspoort verkreeg, vermeld staat. "Dat derhalve eiser zich opnieuw aan dezelfde praktijken schuldig maakt door op basis van dezelfde gegevens een celibaatsattest te laten opmaken door de consul te Antwerpen. Dat de vordering dan ook, ondanks het nieuwe celibaatsattest, ongegrond is").

<sup>171</sup> Kort ged. Antwerpen 18 juli 1997, *aangeh.*

<sup>172</sup> Kort ged. Antwerpen 18 juli 1997, *aangeh.* In dezelfde zin: Kort ged. Antwerpen 6 mei 1997, *De Burg. St.* 1998, 476 (m.b.t. Nigeriaan; getuigschrift van ongehuwde staat is niet gelegaliseerd,

**104.** Is één van de partners voorheen gehuwd geweest met een Belg, dan kan hij o.i. het bewijs van de ontbinding of nietigverklaring van zijn vorig huwelijk leveren door een uittreksel uit de huwelijksakte van de voormalige partner of door het origineel te overhandigen van de betekening van de kantmelding uit die huwelijksakte, die plaatsvond onmiddellijk na de overschrijving van het vonnis tot beëindiging van het huwelijk<sup>173</sup>.

**105.** Toont de betrokkene aan dat hij in de onmogelijkheid verkeert om de autoriteiten van zijn land van herkomst om een celibaatsattest te verzoeken, bv. door het bewijs dat een asielprocedure hangende is waarmee hij zijn vrees voor vervolging aantoonst, dan moet hij het Commissariaat-Generaal voor de Vluchtelingen en Staatlozen raadplegen<sup>174</sup> en levert dat een attest af dat, tot weerlegging van zijn inhoud, boven elke verdenking staat.

**106.** Krijgt de vreemdeling na meerdere pogingen (bij aangetekende brief) geen gehoor bij de consulaire of diplomatieke post, dan menen we dat na bewijs hiervan een toevlucht kan worden genomen tot andere bewijsmiddelen, zoals een bewijs van inschrijving of elk ander element.

#### **- Een bewijs van inschrijving en/of een bewijs van de actuele verblijfplaats**

**107.** Een bewijs van inschrijving, en indien verschillend tevens een bewijs van de actuele verblijfplaats, wordt gevegd opdat de ambtenaar zijn territoriale bevoegdheid zou kunnen nagaan.

Niet steeds kan de vreemdeling een bewijs van inschrijving voorleggen. Dat is evenwel niet vereist. Ook een huwelijkskandidaat die niet op legale wijze in België verblijft, kan hier huwen. Het vereiste bewijs van zijn feitelijke verblijf is evenwel niet gemakkelijk te leveren, ook al zijn alle bewijsmiddelen toegelaten. Facturen van nutsvoorzieningen of huurcontracten kunnen niet volstaan<sup>175</sup>. Schriftelijke getuigenissen worden gemakkelijker aangenomen<sup>176</sup>. Een politieverklaring geeft in de praktijk uitsluitel<sup>177</sup>.

---

heeft een onleesbare handtekening en met de hand geschreven datum. Geen hoogdringendheid aangenomen).

<sup>173</sup> Art. 49 B.W.; Luik 26 juni 1985, *J.L.* 1985, 474: de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand mag op verzoek van één van de partijen een melding betreffende een buitenlandse echtscheiding op de kant van de huwelijksakte aanbrengen, van zodra hij persoonlijk (eventueel na raadpleging van de Procureur des Konings) ervan overtuigd is dat de beslissing in België erkenbaar is. Hij betekent de kantmelding aan de partners.

<sup>174</sup> Gent 15 november 2001, A.R. 2001/RK/189, *onuitg.* Het Hof verwijst naar D. VANHEULE (1996), 392.

<sup>175</sup> Verslag Kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1991/3, 18. Zie voorheen evenwel: Brussel 15 mei 1997, *J.L.M.B.* 1998, 1208, noot C. PARIS: toegelaten zijn onder andere betalingsbewijzen met betrekking tot de huurprijs, een buurtonderzoek, enz.

<sup>176</sup> O.m. Rb. Mechelen 9 januari, 27 februari en 27 maart 1997, *T. Vreemd.* 1997, 55, noot L. WALLEYN. Zie ook L. WALLEYN, "L'état civil et les mariages d'étrangers en séjour irrégulier", *Rev. dr. étr.* 1997, 56.

<sup>177</sup> E. MEULDERS, *l.c.*, 70.

**108.** Naar Nederlands recht wordt een illegale verblijfhouder evenmin verboden om te huwen. De Nederlandse wetgever geeft evenwel, i.t.t. de Belgische wetgever, te kennen een regularisatie van onwettig verblijf door huwelijk met een vreemdeling te willen voorkomen. Elke vreemdeling die wenst te huwen in Nederland moet een verklaring in de zin van de Vreemdelingenwet 2000, uitgaande van de korpschef overleggen aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Uit die zgn. M46-verklaring moet blijken dat hij hetzij reeds wettig verblijf houdt in Nederland, hetzij niet voornemens is in Nederland te verblijven<sup>178</sup>. Een vrijstelling van de verklaring genieten slechts de aanstaande echtgenoten die aannemelijk kunnen maken dat zij beiden buiten Nederland woonplaats hebben, en bijgevolg geen beroep lijken te zullen doen op gezinshereniging en het koppel waarvan de andere partner rechtmatig verblijf houdt op grond van art. 8, b, d of e Vreemdelingenwet 2000<sup>179</sup>, i.e. met een verblijfsvergunning regulier of asiel voor onbepaalde tijd of als EER-onderdaan die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer<sup>180</sup>.

Deze vereiste kadert in de strijd tegen schijnhuwelijken<sup>181</sup>. De verklaring moet ook worden voorgelegd bij inschrijving van een buiten Nederland gesloten huwelijk of geregistreerd partnerschap.

**109.** In het verleden wilde het al wel eens gebeuren dat de bescherming van het recht om te huwen in de zin van art. 12 E.V.R.M. in België werd beperkt door de hantering van een '*elsewhere approach*'. Men gaat er in zo'n benadering vanuit dat het recht om te huwen voldoende is beschermd als het elders kan worden uitgeoefend<sup>182</sup>. Zolang fraude of misbruik niet bewezen zijn, menen we evenwel dat illegaal verblijf in hoofde van één van de partners de huwelijksluiting niet in de weg kan staan. Slechts bij voldoende aanwijzingen van schijnhuwelijk kan de huwelijksvoltrekking worden geweigerd.

<sup>178</sup> Hierover: P. VLAARDINGERBROEK, "Huwelijk", in *Personen- en familierecht*, Deventer, commentaar bij art. 44 N.B.W.

<sup>179</sup> Art. 44.2 N.B.W.

<sup>180</sup> We bevroegen ons bij meerdere Nederlandse diensten over de situatie van het huwelijk tussen een Nederlander en een derdelander, maar kregen hieromtrent geen duidelijk antwoord. Men kon ons slechts informeren dat geen M46 verklaring is vereist als beide echtgenoten/partners buiten Nederland woonplaats hebben (art. 1:44 lid 2 BW); als de niet-Nederlandse echtgenoten/partner een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd heeft (art. 1:44 lid 2 BW); als het huwelijk/geregistreerd partnerschap minstens tien jaar geleden is voltrokken en nog bestaat (art. 36a, lid 2 Wet GBA); als het huwelijk/geregistreerd partnerschap juridisch is beëindigd (art. 36a, lid 2 Wet GBA).

<sup>181</sup> Rb. Amsterdam 7 maart 1995, KG 1995, 194.

<sup>182</sup> O.m. R.v.St. nr. 42.002, 17 februari 1993, R.A.C.E. 1993; H. STOREY, "The right to family life and immigration case law at Strasbourg", *ICLQ* 1990, 341-343; X. PESENTI, "Les couples mixtes et étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme", in H. FULCHIRON, o.c., 149. Slechts wanneer van de partners in redelijkheid niet kan worden verwacht dat ze hun huwelijksplannen in het buitenland realiseren, is verwijdering ongerechtvaardigd: E.C.R.M., zaak X. vs. B.R.D., 12 juli 1976, nr. 7175/75, 1977, D.R. 6, 138; Kort Ged. Bergen 1 oktober 1993, J.L.M.B. 1994, 104. Voor een bevestiging dat het bevel om het grondgebied te verlaten in een dergelijk geval verlengd moet worden: Vr. en Antw. Kamer 1992-93, 11 juni 1992 (Vr. nr. 99 VAN EETVELT); Vr. en Antw. Senaat 1985-86, 4 juli 1986 (Vr. nr. 119 LAFOSSE).



Er zijn voldoende andere rechtswegen die toelaten misbruik en fraude te vervolgen. Zo heeft elke ambtenaar de plicht om elke strafrechtelijke inbreuk te rapporteren<sup>183</sup>. Een inbreuk op de verblijfswet levert dergelijke inbreuk op<sup>184</sup>.

**110.** Zijn er evenwel geen aanwijzingen dat een schijnhuwelijk beoogd wordt, dan menen we dat het is aangewezen om een rapportering van – eveneens strafbaar – illegaal verblijf uit te stellen tot het huwelijk is voltrokken.

Rechtspraak heeft reeds uitgewezen dat illegaal verblijf een huwelijksaangifte of -voltrekking niet in de weg kan staan<sup>185</sup>. Deze waarborg zou inhoudsloos worden, mocht de ambtenaar steeds voorafgaandelijk aan de huwelijksvoltrekking de verblijfsinstanties inlichten en een versnelde verwijdering in de hand werken<sup>186</sup>. We menen dat het is aangewezen om de genoemde verplichte rapportering uit te stellen tot na de huwelijksvoltrekking. Eenmaal ze zijn verwittigd, kunnen de verblijfsinstanties optreden alvorens het huwelijk is voltrokken. Het belang van de Staat bij een snelle verwijdering werd reeds beoordeeld te primeren op het individuele belang en het recht om te huwen<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> Art. 29 Sv.

<sup>184</sup> Art. 75 Vreemdelingenwet.

<sup>185</sup> Cf. *supra*, randnr. 61 (zie ook randnrs 11 en 109 over het huwelijk van een illegale verblijfhouder).

<sup>186</sup> Zie ook F. VASSEUR-LAMBRY (2000), 119-120, over de pogingen van bepaalde Franse burgemeesters om een bevel om het grondgebied af te leveren alvorens het huwelijk kan worden voltrokken. Een Franse burgemeester kan immers een beroep doen op de prefect, die bevoegd is om eigenhandig een bevel om het grondgebied af te leveren. VASSEUR-LAMBRY wijst ook op de praktijk van bepaalde ambtenaren van de burgerlijke stand om moeilijk te bekomen documenten op te vragen, de huwelijksluiting in afwachting van de voorlegging ervan uit te stellen en zo de verblijfsautoriteiten de kans te geven om de betrokkene te verwijderen. Ook heeft de veel-eisendheid van bepaalde ambtenaren tot gevolg dat de verblijfstitel vervalt alvorens de betrokkene zijn huwelijk afgekondigd ziet. Bepaalde rechters hebben een ambtenaar reeds veroordeeld tot huwelijksvoltrekking in het geval van een illegaal die het bevel had gekregen om het grondgebied te verlaten.

<sup>187</sup> Bepaalde rechters hebben een ambtenaar evenwel reeds veroordeeld tot huwelijksvoltrekking in het geval van een illegaal die het bevel had gekregen om het grondgebied te verlaten. *In casu* woonde de man reeds sinds een jaar samen met zijn partner en werd hieruit zijn oprechtheid afgeleid. Cass. fr. 18 maart 1992, nr. 91-82. 389, *databank Légifrance*, geeft aan dat de Franse aanpak overeenstemt met de Belgische: zolang een persoon niet verwijderd is, moet zijn huwelijk voltrokken kunnen worden. Huwelijksplannen hoeven een verwijdering evenwel niet in de weg te staan. Het Hof van Cassatie oordeelde *in casu* dat een strafrechtelijke inbreuk op de verblijfswet primeert op het recht om te huwen en dat huwelijksplannen bijgevolg niet van invloed zijn op de geldigheid en afwikkeling van de verwijderingsprocedure. VASSEUR-LAMBRY (2000), 120, besluit hieruit dat de huwelijksvrijheid een lege doos is als ze van de goede wil van de ambtenaren afhangt.

Zie ook Pres. Rb. Amsterdam 2 juli 1984, KG 1984, 216 en Hof Amsterdam 27 december 1984, RV 1984, 23, *N.J.* 1985, 724, besproken in S. RUTTEN, *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, o.c., 167-168, oordeelden dat een illegale verblijfhouder het recht had om een huwelijk aan te gaan alvorens hij werd verwijderd. Een extra argument daartoe in het licht van 12 E.V.R.M. was dat in Marokko (de vrouw was Marokkaanse) een huwelijk verboden is tussen een moslimse en een niet-moslim, de voorliggende situatie. De rechtbank stond de vordering toe in het licht van de vrijheid om te huwen én de vrijheid van godsdienst. Het Amsterdamse Hof kende de vrouw achteraf overigens een schadevergoeding toe voor de ten onrechte ondergane bewaring ('*détournement de pouvoir*'). Zie evenwel weigering, mede rekening houdend met het feit dat een huwelijks-

**- In voorkomend geval, een gelegaliseerd schriftelijk bewijs uitgaande van de bij aangifte van het huwelijk afwezige aanstaande echtgenoot**

111. Zijn niet beide echtgenoten aanwezig bij de aangifte, dan geldt de begrijpelijke vereiste dat het bewijs zou worden geleverd van de instemming van de vermelde partner met de huwelijksaangifte.

112. Het schriftelijke bewijs moet ingevolge de bepalingen van art. 64 B.W. worden gelegaliseerd. Een legalisering van de handtekening zelf zou volgens de minister niet vereist zijn<sup>188</sup>. Deze regeling wijkt af van de gemeenrechtelijke legalisatieregeling<sup>189</sup>.

113. De regeling lijkt tevens af te wijken van de gemeenrechtelijke vrijstelling van legalisatie voor documenten die afkomstig zijn van Staten die vrijgesteld zijn van de legalisatieregeling en een soepelere apostilleregeling genieten. De verklaring hiervoor ligt vermoedelijk in het feit dat het document afkomstig is van een particulier persoon.

**- Ieder ander authentiek stuk waaruit blijkt dat in hoofde van de betrokkene is voldaan aan de door de wet gestelde voorwaarden om een huwelijk te mogen aangaan<sup>190</sup>**

114. Daarnaast kan de ambtenaar de voorlegging vorderen van een certificaat van niet-bestaan van huwelijksbeletselen of van een wetscertificaat dat het toepasselijke buitenlandse recht uitlegt<sup>191</sup>. Ook uitgiften of afschriften van een vonnis, bv. ter dispensatie van de leeftijdsvereiste, moeten worden voorgelegd<sup>192</sup>. De ambtenaar kan vereisen dat de betreffende documenten gelegaliseerd werden volgens de bepalingen van Omz. 17 februari 1993 betreffende de legalisatie van buitenlandse akten van de burgerlijke stand<sup>193</sup>.

115. De voormalige E.C.R.M. beoordeelde de vereiste als verantwoord in het licht van art. 12 E.V.R.M.<sup>194</sup>.

---

sluiting in Marokko wel mogelijk was: Rb. Utrecht 6 december 1984 en Hof Amsterdam 27 juni 1985, *N.J.* 1986, 34; Pres. Rb. 's Gravenhage 29 januari 1982, *N.J.C.M.* 1983, 509.

<sup>188</sup> Antwoord minister van Justitie op Vr. LOZIE, Verslag Kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1991/3, 19.

<sup>189</sup> In dezelfde zin: E. MEULDERS, *I.c.*, 69.

<sup>190</sup> Voor de inhoudelijke beoordeling van deze voorwaarden: zie onze bespreking van de grondvereisten om te huwen: hoofdstukken 1 tot 5.

<sup>191</sup> Verantwoording bij Amendement nr. 6 van de Regering inzake het Voorstel van Wet houdende invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een artikel 171*bis* betreffende de schijnhuwelijken, *Parl. St.* Senaat 1998-99, nr. 1-512/4, 10. In die zin ook o.m. Brussel 24 november 1998, [http://www.cass.be/cgi\\_juris](http://www.cass.be/cgi_juris).

<sup>192</sup> Omz. 17 december 1999, *I.c.*

<sup>193</sup> B.S. 16 maart 1993.

<sup>194</sup> E.C.R.M. nr. 31401/96, zaak-Sanders t. Frankrijk, 16 oktober 1996, *D&R* 87-A, 160.

**116.** We menen evenwel dat de vreemdeling die er niet in slaagt om een certificaat van niet-bestaan van huwelijksbeletselen af te geven, dit gebrek moet kunnen dekken d.m.v. een wetscertificaat, aangevuld met bovengenoemde documenten die de concrete situatie van de huwelijkskandidaat toelichten.

**117.** In bepaalde omstandigheden kan de onmogelijkheid voor de vreemdeling om aan de vereiste te voldoen overigens op onze steun rekenen. Bepaalde buitenlandse rechtsstelsels hanteren m.n. grondvereisten die wij strijdig bevinden met de openbare orde<sup>195</sup>. Wordt de aflevering van het certificaat geweigerd op grond van de niet-ervulling van dergelijke vereiste, die naar onze normen het huwelijk niet in de weg staat, dan zou een strenge toepassing van de certificaatsvereiste indirect alsnog tot gevolg hebben dat de buitenlandse grondvereiste wordt toegepast. Dit dient te worden vermeden.

**118.** Ook kan van asielzoekers niet worden verlangd dat ze contact opnemen met het consulaat van hun Herkomststaat, om het vereiste certificaat te verkrijgen. Mogelijk slagen de Belgische autoriteiten of een niet-vervolgde landgenoot er wél in om een niet-gepersonaliseerd wetscertificaat op te vragen. Ook voor hen is een subsidiaire regeling m.a.w. een vereiste ter bescherming van hun recht om te huwen.

**119.** Bepaalde rechtspraak wijst overigens uit dat ook de Belgische ambassade in bepaalde Staten niet gemakkelijk zijn medewerking verleent aan de aflevering van het genoemde gepersonaliseerde certificaat van niet-bestaan van huwelijksbeletselen<sup>196</sup>. Dat zou gebeuren op aangeven (negatief advies) van het Ministerie van Buitenlandse zaken. Het Brusselse Hof heeft het Ministerie reeds tot intrekking van dergelijk negatief advies verplicht.

De vaststelling dat het certificaat niet figureert in de opsomming van akten waarvoor de ambtenaar tot afgifte bevoegd is, volstaat niet om de afgifte ervan te weigeren.

De C.I.E.C.-overeenkomst van München van 5 september 1980 betreffende de afgifte van een certificaat van huwelijksbekwaamheid<sup>197</sup> verplicht zijn Verdragsstaten er overigens toe om het certificaat van rechtswege af te geven. De Nederlandse wetgever heeft hierin voorzien<sup>198</sup>. België heeft het Verdrag evenwel nog niet geratificeerd.

Bij Wet van 12 juli 1931<sup>199</sup>, die de bevoegdheid van de diplomatieke en consulaire

<sup>195</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 4, en bespreking – binnen de daaraan voorafgaande hoofdstukken – van buitenlandse ongerechtvaardigd bevonden varianten op grondvereisten die ook gelden naar Belgisch recht.

<sup>196</sup> Brussel 24 november 1998, *A.J.T.* 1998-99, 871.

<sup>197</sup> Gebonden door het Verdrag zijn Italië, Luxemburg, Nederland, de Antillen, Oostenrijk, Portugal, Spanje en Zwitserland. België ondertekende het verdrag vooralsnog slechts. Hierover P. VLAARDINGERBROEK, "Huwelijk", in *Personen- en familierecht*, Deventer, art. 49a N.B.W.; J. ERAUW, *Bronnenboek*, o.c., randnr. 629.

<sup>198</sup> Art. 49a N.B.W.

<sup>199</sup> Gewijzigd door de wet van 31 maart 1987, *B.S.* 27 mei 1987. Hierover: J. SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Brussel, Bruylant, 1994, 528 en referenties aldaar.

re posten inzake burgerlijke stand en nationaliteit vastlegt, is bepaald dat de post het certificaat kan afgeven op louter zicht van de documenten die de partijen hem voorleggen. Een gevolg hiervan is dat het certificaat geen grote bewijskracht geniet, maar slechts de bewijskracht van een declaratieve akte.

**120.** Bepaalde Duitse rechters hebben alvast geoordeeld dat het bewijs van het ontbreken van enig huwelijksbeletsel ook op een andere wijze kan worden geleverd<sup>200</sup>.

**121.** Ook de ontstentenis van een wetscertificaat zou o.i. overigens moeten kunnen worden gecompenseerd. Hiertoe zou genoeg kunnen worden genomen met een bevestiging door het Ministerie van Buitenlandse Zaken dat de voorgelegde wetsartikelen nog *up to date* zijn.

### **- Concluderende bedenkingen bij de Belgische vormvereisten voor de huwelijksaangifte**

**122.** Hierboven formuleerden we meermaals de vraag of het in alle omstandigheden is gerechtvaardigd dat een voorlegging van alle genoemde akten wordt gevergd. We verwezen naar rechtspraak en rechtsleer die geen graten ziet in de voorlegging van vervangende documenten, zeker in gevallen waarin hun voorlegging uiterst moeilijk blijkt te zijn.

**123.** Het nationaliteitscertificaat kan o.i. door een vreemdeling met ononderbroken verblijf in België worden vervangen door een bewijs van inschrijving, eventueel ook door een paspoort, minstens bij bewijs van herhaalde vruchteloze pogingen (bij aangetekende brief) om de medewerking van de diplomatieke of consulaire posten te verkrijgen<sup>201</sup>. Een bewijs van ongehuwde staat kan eveneens volgen uit de inschrijving mits het verblijf ononderbroken is. Dat laatste biedt welis-

<sup>200</sup> Berlin 14 september 1961, *N.J.W.* 1961, 2209: *in casu* werd de afgifte door de eigen autoriteiten geweigerd omdat de betrokkenen niet konden aangeven wanneer en door wie ze beoogden het huwelijk religieus te doen voltrekken. Zie evenwel *contra*: Celle 15 februari 1962, aangeh. in K. WAHLER, *I.c.*, *J.D.I.* 1963, 1111-1113: bevestiging van de weigering van de ambtenaar om in dergelijke omstandigheden het huwelijk te voltrekken. Een Griek wenste in Duitsland met een Duitse te huwen op burgerlijke wijze. De Duitse ambtenaar van de burgerlijke stand vereiste dat een certificaat van huwbaarheid zou worden voorgelegd. Dat werd naar het toenmalige Griekse recht evenwel slechts afgegeven mits de betrokkene kon aangeven wie het huwelijk religieus zou voltrekken. De toenmalige Griekse wet legde m.n. een religieuze huwelijksluiting verplichtend op. Het koppel wenste niet religieus te huwen en kon dergelijke planning bijgevolg niet voorleggen. De Duitse ambtenaar van de burgerlijke stand weigerde vervolgens het huwelijk te voltrekken. Hij steunde zich hiertoe op het belang van internationale beslissingharmonie, maar ging o.i. een stap te ver door de religieuze sluiting indirect als grondvereiste voor het huwelijk op te leggen. Het Hof volgde de stelling van de ambtenaar evenwel.

De Eherechtskommission heeft in 1991 geijverd voor een systematische aanname van attesten die uitgaan van de bevoegde consul in de Verbliffsstaat. Voorheen moest het document afkomstig zijn van een autoriteit in het land van herkomst: C. BOHMER, "Sind noch alle Eheverbote zeitgemäß?", *StAZ.* 1991, 130.

<sup>201</sup> Voor zover daarmee niet het risico wordt gelopen dat de betrokkene inmiddels zijn nationaliteit heeft verloren en het paspoort toch ongewijzigd voort blijft gebruiken wanneer hem dat beter uitkomt.

waar mogelijk onvoldoende zekerheid, aangezien een kort verblijf in het buitenland moeilijk op te sporen is en reeds kan volstaan om de ongehuwde staat van een persoon te wijzigen. We hebben er evenwel op gewezen dat het bewijs nooit zeker is, ook niet met een celibaatsattest uitgaande van het herkomstland of de Staat van vorig verblijf.

Een attest dat getuigt dat er geen huwelijksbeletselen bestaan in hoofde van de vreemdeling kan o.i., in zoverre het door de ambtenaar zou worden vereist, vervangen worden door een wetscertificaat, aangevuld met documenten die getuigen van vrijstellingen of andere noodzakelijke verduidelijkingen in hoofde van de betrokkene. Een weigering hiervan zou o.m. kandidaat-vluchtelingen immers voor een patstelling plaatsen. Bovendien zouden bepaalde huwelijken onmogelijk worden, terwijl de aflevering van het certificaat is geweigerd op gronden die niet verenigbaar zijn met de openbare orde.

**124.** Bekijken we de wetgeving van onze buurlanden, dan kunnen we concluderen dat enkel Nederland bij wet in een hele opsomming van voor te leggen documenten voorziet. Het betreft m.n. een geboorteakte of vervangende akte<sup>202</sup>, bewijs van instemming van derden met het huwelijk<sup>203</sup> of van ontheffing van bepaalde vereisten, voor zover dat wettelijk is vereist, en een bewijs van de ontbinding van eventuele voorgaande huwelijken. Daarnaast worden slechts vereisten gesteld die betrekking hebben op het verblijfsstatuut. De documenten die in dat licht worden vereist, m.n. een bewijs van wettig verblijf of een verklaring dat men niet beoogt zich in Nederland te vestigen<sup>204</sup>, zijn uiterst streng geformuleerd. Een voorlegging van een celibaatsattest, wetscertificaat of ander document lijkt daarentegen niet te worden vereist.

**125.** Naar Frans en Duits recht is niet bij wet bepaald welke documenten concreet door elke huwelijkskandidaat moeten worden voorgelegd. Het BGB verwijst slechts naar de *Ehefähigkeitszeugnis* voor vreemdelingen. De Franse C.C. verwijst slechts naar de verplichte voorlegging van een geboorteakte of akte van bekendheid en van een medisch attest<sup>205</sup>. Hetzelfde gebeurde voorheen evenwel ook naar Belgisch recht. Niettemin werden toen reeds in de praktijk bijkomende vereisten gesteld (*cf. supra*). Het feit dat art. 76 C.C. bepaalt dat de huwelijksakte (slechts) de naam, verblijfplaats, geboortedatum en –plaats en het beroep van de huwelijkskandidaten vermeldt, doet geen afbreuk aan de mogelijkheid dat tevens de voorlegging van een nationaliteitsbewijs en andere documenten wordt gevergd. In de Franse rechtsleer wordt hierover niet uitgeweid<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup> Art. 45 N.B.W.

<sup>203</sup> Indien bepaalden van hen zijn vooroverleden, dan moet een akte van overlijden worden overgelegd: art. 44, 1, c B.W.

<sup>204</sup> *Cf. supra*. Hierover: P. VLAARDINGERBROEK, "Huwelijk", in *Personen- en familierecht*, Deventer, "Art. 44 N.B.W."

<sup>205</sup> Resp. art. 70-71 en 63 C.C.

<sup>206</sup> J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1999, 59, staat bv. wél stil bij bepaalde stukken waarvan in sommige omstandigheden de voorlegging kan worden vereist, bv. een stuk dat een bepaalde vrijstelling aangeeft, een instemming van een derde met het huwelijk, indien vereist, een medisch attest bij huwelijk van een meerderjarige onder voogdij, een medisch

**126.** De aangehaalde moeilijkheid voor bepaalde Belgen om in het buitenland bepaalde documenten te bekomen, kan ons, zoals gezegd, helpen om begrip op te brengen voor gelijkaardige moeilijkheden in hoofde van vreemdelingen. Het Ministerie van Buitenlandse Zaken kan via de Belgische posten in het buitenland afschriften van akten van de burgerlijke stand van Belgen opvragen. In bepaalde Staten werken de diensten van de burgerlijke stand evenwel niet even zorgvuldig georganiseerd als in België. Het is reeds meermaals onmogelijk gebleken om een afschrift te bekomen van een akte die sinds meer dan vijf jaar was opgesteld<sup>207</sup>. M.b.t. vreemdelingen kan het Departement via de posten een onderzoek instellen naar de nationaliteit van de persoon. Daarnaast doen de posten en de Dienst Legalisatie aan legalisatie en controleren ze de authenticiteit van akten en vonnissen.

In sommige gevallen moet aan een aktering, bv. die van een erkenning, een samenwerking voorafgaan met de autoriteiten van het vreemde land, bv. een controle of de erkenner al dan niet reeds met de moeder of met een derde is gehuwd<sup>208</sup>. Dergelijke samenwerking kan extra vertragingen met zich meebrengen en overigens ook fundamenteel problematisch zijn als blijkt dat in dat land de registers van de burgerlijke stand niet systematisch zijn bijgehouden.

**127.** We haalden tevens aan dat ook de eigen diplomatieke of consulaire diensten niet steeds hun volle medewerking verlenen en hun stilzitten niet steeds op afdoende wijze motiveren.

**128.** Hetzelfde probleem kan zich overigens later herhalen op het niveau van de gezinshereniging na huwelijkssluiting. Het Brusselse Hof oordeelde in 1998 dat het Ministerie van Binnenlandse Zaken de weigering van een visum gezinshereniging niet kan verantwoorden door te stellen dat zijn stilzitten is ingegeven door het in gebreke blijven van de Belgische diplomatieke dienst om de huwelijksakte van betrokkene te legaliseren<sup>209</sup>.

#### **B.2.D. BIJKOMENDE VEREISTEN NAAR BUITENLANDS RECHT**

Bepaalde Staten leggen hun onderdanen tevens de vereiste op om andere documenten voor te leggen of om het huwelijk tevens aan te geven (af te kondigen) in het land van herkomst.

---

attest dat aangeeft dat de kandidaat-bruid niet zwanger is of een rechterlijke dispensatie van de wachttijdvereiste e.a., maar verwijst niet naar de overige documenten die door het Belgische B.W. voortaan wél verplichtend worden opgelegd.

<sup>207</sup> J. VANDE VELDE, "De consulaire ambtenaar van de burgerlijke stand (en zijn problemen)", *De Burg. St.* 1990, 205.

<sup>208</sup> J. VANDE VELDE, *l.c.*, 205.

<sup>209</sup> Brussel 9 september 1998, *T. Vreemd.* 1998, 193. De ambassade te Islamabad steunde zijn weigering niet op aannemelijke gronden. De minister werd bevolen om binnen de tien dagen na de betekening van het arrest voorlopig een 'visum type D-gezinshergroepering' af te leveren.

We gaan voor de betreffende vereisten na of ze door de Belgische ambtenaar en rechter worden toegepast. Is dat geval, dan kan hieruit voortvloeien dat het recht van de betrokkene om te huwen wordt ingeperkt of minstens wordt bemoeilijkt. Dit is pas aanvaardbaar in zoverre de vereisten kunnen worden gekwalificeerd als grondvereisten om te huwen. Vormvereisten om te huwen worden immers slechts opgelegd door de *lex loci celebrationis*. Ook de doelstelling om hinkende huwelijken te vermijden kan geen afwijking van deze regel rechtvaardigen<sup>210</sup>.

**\* De vereiste om bijkomende documenten voor te leggen bij de huwelijks-aangifte**

**129.** Bepaalde Staten leggen hun onderdanen de vereiste op om nog andere documenten voor te leggen. We gaan na of het ook naar het huwelijksrecht van die Staten slechts gaat om *vormvereisten*, die slechts in de betrokken Staat zelf moeten worden nageleefd, of daarentegen de vereiste door dat recht wordt opgelegd aan elke onderdaan, ongeacht waar hij huwt (en dus ook bij huwelijksluiting in België).

Blijkt de laatste situatie zich voor te doen, m.a.w. betreft het een buitenlandse grondvereiste om te huwen, dan rijst de vraag in hoeverre het is aangewezen om de naleving ervan in België af te dwingen.

**- De vereiste om een certificaat van vervulde militieplicht voor te leggen**

**130.** Voorheen bestond naar Belgisch recht de vereiste voor mannen tussen 17 en 45 jaar oud die dienstplichtig en niet vrijgesteld waren, om een militiecertificaat voor te leggen, afgeleverd door het college van schepenen van de gemeente waar de betrokkene verbleef (in geval van domicilie in België) of waar hij was ingeschreven voor militie (bij verblijf in het buitenland)<sup>211</sup>.

**131.** De vraag is vervolgens hoe de ambtenaar vandaag moet omgaan met dergelijke vereiste naar buitenlands recht. Figureert de vereiste louter in een publiekrechtelijke wet, zoals voorheen naar Belgisch recht het geval was, en niet in de huwelijksbepalingen zelf, dan is de betrokkene er hoe dan ook van vrijgesteld bij huwelijk in het buitenland. Ook als het een grondvoorwaarde betreft, heeft die gezien zijn louter publiekrechtelijke karakter slechts territoriale werking<sup>212</sup>.

**132.** Ook als de vereiste is opgenomen in de huwelijkswet menen we evenwel dat er geen gevolg aan moet worden gegeven. Ze heeft m.n. betrekking op een inhoudelijke vereiste die het beginsel van de huwelijksvrijheid schendt<sup>213</sup>.

<sup>210</sup> Impliciet: J. DE BURLET (1987), II, 117.

<sup>211</sup> Oud art. 99 Militiewet; J. DE BURLET (1987), II, nrs 761, 833, 1522, 1523 en 1569.

<sup>212</sup> J. DE BURLET (1987), nr. 1569.

<sup>213</sup> In dat verband dient o.i. tevens de erkenning van een buitenlands huwelijk niet te worden geweigerd, als de enige grond daartoe zou zijn dat deze vereiste is geschonden (m.n. dat geen certificaat van vervulde militieplicht is voorgelegd en/of de militieplicht op het ogenblik van de huwelijksluiting nog niet was vervuld).

## - De vereiste om een certificaat van huwelijksbekwaamheid voor te leggen

**133.** Naar Duits huwelijksrecht wordt vereist dat elke vreemdeling die in Duitsland huwt een *Ehefähigkeitszeugnis* voorlegt, een certificaat van niet-bestaan van huwelijksbeletselen<sup>214</sup>. Is het evenwel onmogelijk om dergelijk certificaat te bekomen van de autoriteiten van het land van herkomst<sup>215</sup>, dan kan het bewijs van het ontbreken van enig huwelijksbeletsel er op een andere wijze geleverd worden<sup>216</sup>.

Eenzelfde vereiste geldt naar o.m. Italiaans, Oostenrijks en Zwitsers recht<sup>217</sup>.

Ook o.m. de Marokkaanse en Tunesische lokale autoriteiten eisen dat het Ministerie van Buitenlandse Zaken of het consulaat van het herkomstland van een buitenlandse huwelijkskandidaat een certificaat van huwelijksbekwaamheid aflevert dat bevestigt dat er geen huwelijksbeletselen rijzen<sup>218</sup>.

<sup>214</sup> Vooral nog niet ingeschreven in het B.W. Wel bevestigd door BGH 14 juli 1966, *StAZ.* 1966, 287. Hierover C. BOHMER, "Sind noch alle Eheverbote zeitgema?", *StAZ.* 1991, 130.

<sup>215</sup> Deze onmogelijkheid kan overigens soms op onze steun rekenen. Bepaalde buitenlandse rechtstelsels hanteren m.n. grondvereisten die wij strijdig bevinden met de openbare orde (cf. *supra*, hoofdstuk 4, en bespreking – binnen de daaraan voorafgaande hoofdstukken – van buitenlandse ongerechtvaardigd bevonden varianten op grondvereisten die ook gelden naar Belgisch recht). Wordt de aflevering van het certificaat geweigerd op grond van de niet-ervulling van dergelijke vereiste, die naar onze normen het huwelijk niet in de weg staat, dan zou een strenge toepassing van deze vormvereiste indirect alsnog tot gevolg hebben dat de buitenlandse grondvereiste wordt toegepast. Dat is vanzelfsprekend niet de bedoeling.

<sup>216</sup> Berlin 14 september 1961, *N.J.W.* 1961, 2209: *in casu* werd de afgifte door de eigen autoriteiten geweigerd omdat de betrokkenen niet konden aangeven wanneer en door wie ze beoogden het huwelijk religieus te doen voltrekken. Zie evenwel *contra*: Celle 15 februari 1962, aangeh. in K. WAHLER, *I.c.*, *J.D.I.* 1963, 1111-1113: bevestiging van de weigering van de ambtenaar om in dergelijke omstandigheden het huwelijk te voltrekken. Een Griek wenste in Duitsland met een Duitse te huwen op burgerlijke wijze. De Duitse ambtenaar van de burgerlijke stand vereiste dat een certificaat van huwbaarheid zou worden voorgelegd. Dat werd naar het toenmalige Griekse recht evenwel slechts afgegeven mits de betrokkene kon aangeven wie het huwelijk religieus zou voltrekken. De toenmalige Griekse wet legde m.n. een religieuze huwelijksluiting verplichtend op. Het koppel wenste niet religieus te huwen en kon dergelijke planning bijgevolg niet voorleggen. De Duitse ambtenaar van de burgerlijke stand weigerde vervolgens het huwelijk te voltrekken. Hij steunde zich hiertoe op het belang van internationale beslissingsharmonie, maar ging o.i. een stap te ver door de religieuze sluiting indirect als grondvereiste voor het huwelijk op te leggen. Het Hof volgde de stelling van de ambtenaar evenwel.

De Eherechtskommissie heeft in 1991 geijverd voor een systematische aanname van attesten die uitgaan van de bevoegde consul in de Verblijfsstaat. Voorheen moest het document afkomstig zijn van een autoriteit in het land van herkomst: C. BOHMER, "Sind noch alle Eheverbote zeitgema?", *StAZ.* 1991, 130.

<sup>217</sup> L. PALSSON (1978), 102-104; E. RABEL, *The conflict of laws*, I, Ann Arbor, 1958, 307-308; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 220.

<sup>218</sup> Hierover o.m. Rb. Brussel 27 april 1998, [http://www.cass.be/cgi\\_juris](http://www.cass.be/cgi_juris); Brussel 24 november 1998, [http://www.cass.be/cgi\\_juris](http://www.cass.be/cgi_juris) (cf. *infra*); J.J. NASIR, *The status of women under islamic law and under modern islamic legislation*, London, Graham and Trotman, 1990, 33. Het Frans-Marokkaanse verdrag "relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire du 10 août 1981" (*J.O.* 1 juni 1983) bevestigt de plicht van een Frans onderdaan die in Marokko gemengd huwt om een huwbaarheidscertificaat voor te leggen. Hierover F. MONEGER, *I.c.*, *R.C.D.I.P.* 1984, 29-69 en 267-288; P. DECROUX, *I.c.*, *J.D.I.* 1985, 49-101.



**134.** Deze vereiste wordt door de betrokken rechtsordes gekwalificeerd als een loutere vormvereiste<sup>219</sup>. De Belgische ambtenaar en rechter kunnen de vereiste m.a.w. bij huwelijkssluiting in België zonder meer naast zich neerleggen.

**- De vereiste om a.h.v. een document aan te tonen dat voldaan is aan de grondvereiste van een overheidsinstemming met het huwelijk**

**135.** We gaven reeds aan dat bepaalde buitenlandse rechtssystemen van bepaalde onderdanen een overheidsinstemming met het huwelijk vereisen. We stonden reeds stil bij de discussie over de territoriale werkingssfeer van de vereiste<sup>220</sup>. We besloten overigens dat de vereiste het beginsel van huwelijksvrijheid schendt.

**136.** Ook de niet-naleving van de formele vereiste om de overheidsinstemming aan te tonen a.h.v. een certificaat kan daarom de huwelijksvoltrekking niet in de weg staan.

Hierover werd reeds meer dan een eeuw geleden een consensus bereikt: het huwelijk moet worden voltrokken, ook al gaat de vreemdeling opzettelijk in het buitenland huwen om te ontsnappen aan de vereiste of aan een concrete weigering van de overheid om met het huwelijk in te stemmen<sup>221</sup>.

**- De vereiste om een medisch getuigschrift voor te leggen**

**137.** Naar o.m. Frans recht geldt de vereiste dat elke huwelijkskandidaat een medisch attest (*acte prénuptial*) voorlegt<sup>222</sup>. Dispensatie door de Procureur des Konings is slechts mogelijk in uitzonderlijke situaties of bij een huwelijk *in extremis*<sup>223</sup>. Zoals we reeds aangaven<sup>224</sup> betreft het slechts een verbiedend bevel en wordt slechts vereist dat het attest bevestigt dat een medisch onderzoek heeft plaatsgevonden. De resultaten ervan kunnen geheim blijven. De arts is slechts verplicht om een basisonderzoek uit te voeren, een AIDS-test aan te bevelen en de patiënt een 'brochure d'éducation sanitaire' te overhandigen<sup>225</sup>.

Ook naar Braziliaans, Iraans, Iraaks recht en het recht van de Staten van de

<sup>219</sup> O.m. Rabat 2 november 1962, *R.C.D.I.P.* 1964, 683, noot P. LAGARDE.

<sup>220</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 2, randnrs 91 e.v.

<sup>221</sup> Min. beslissing 24 juni 1875 en 6 januari 1876; art. 1937 Algemene Instructie van Henegouwen, *aangeh.* in J. DE BURLET (1987), nr. 1524, die dezelfde opvatting deelt.

<sup>222</sup> Art. 63 C.C. Hierover: J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1999, 24. Voor een historisch overzicht, met aandacht voor o.m. de vroegere sterilisatievereisten: J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*, Brussel, Larcier, 1981, 370-371.

<sup>223</sup> Art. 169 C.C.

<sup>224</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 4, randnrs 117 e.v.

<sup>225</sup> Art. L 153 C. Santé publique en art. 48-II wet van 27 januari 1993.

V.S.A.<sup>226</sup> die eenzelfde vereiste instellen, betreft het slechts een verbiedend beletsel<sup>227</sup>.

**138.** Ook deze vereiste kan niet worden afgedwongen door de Belgische ambtenaar bij huwelijksluiting in België. Ook indien niet tot een schending van art. 12 E.V.R.M. zou worden besloten, aangezien het een loutere formaliteit betreft, sluit de aangewezen kwalificatie als vormvereiste een toepassing van de vereiste in België uit.

**- De vereiste naar Israëliisch recht om een *gueth*, verstotingsakte, voor te leggen**

**139.** We verwezen reeds naar de huwelijksvereiste naar Israëliisch recht voor een vrouw om een *gueth* voor te leggen, wil ze na een huwelijksontbinding opnieuw in het huwelijk treden. Reeds meermaals is een joodse man veroordeeld tot afgifte van de *gueth*, om te voorkomen dat hij persoonlijk invloed zou hebben op de huwelijksvrijheid van de vrouw<sup>228</sup>.

Uit deze rechtspraak blijkt dat de vereiste als grondvereiste voor het huwelijk wordt toegepast in o.m. Frankrijk.

**140.** Als correlarium formuleert deze vereiste een vormvoorwaarde met grensoverschrijdende werking, m.n. dat de vrouw de materiële neerslag van de *gueth* kan voorleggen bij de aangifte (afkondiging) die aan het nieuwe huwelijk voorafgaat. Deze vormvereiste blijkt naar Israëliisch recht eveneens te worden toegepast om de erkenbaarheid te beoordelen van een huwelijk dat door onderdanen is gesloten in het buitenland. We vinden hiervoor geen rechtvaardiging.

Tenzij de vrouw zelf de afgifte van een *gueth* vordert van haar echtgenoot, bv. in het raam van een vordering op grond van art. 1382 B.W., menen we dat het aan haar toekomt om te oordelen of ze het risico van een hinkend huwelijk wil lopen. Kan ze op andere wijze overtuigend bewijzen dat ze uit de echt is gescheiden en dat m.a.w. geen polygamie dreigt te ontstaan, dan voldoet ze o.i. aan alle vereisten om in België een nieuw huwelijk aan te gaan.

**\* De vereiste in toepassing van de *lex patriae* dat het huwelijk wordt aangegeven in het herkomstland**

**141.** Bepaalde familiewetten, waaronder de Franse, vereisen dat elk huwelijk van een onderdaan, ook als het in het buitenland wordt aangegaan, voorafgaan-

<sup>226</sup> H.H. CLARK, *The law of domestic relations in the United States*, St Paul, West Publishing Co, 1988, 98: o.m. Alabama, New York, Michigan en New-Jersey vereisen een medisch attest (verbiedend huwelijksbeletsel).

<sup>227</sup> Hierover *cf. supra*, hoofdstuk 4, randnrs 117 e.v.

<sup>228</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 4, randnr. 167. Hierover o.m. H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", *Recueil des cours* 1991, I, nr. 248.

delijk in het land van herkomst wordt afgekondigd<sup>229</sup>.

Op deze vereiste staat vaak geen of slechts een afgezwakte nietigheidssanctie. Naar Frans recht bv. wordt een huwelijk dat in overtreding ervan is aangegaan, slechts vernietigd bij bewijs van fraude<sup>230</sup>.

**142.** Deze vormvereiste is ingevolge onze I.P.R.-regel, m.n. de aanknoping bij de *lex loci*, niet van rechtstreekse invloed op een huwelijksluiting in het buitenland. De afdwinging ervan is loutere zaak van de Staat van herkomst en situeert zich op het ogenblik dat aldaar om de erkenning van het huwelijk wordt verzocht<sup>231</sup>.

**143.** Ook andere vormvereisten die door bepaalde buitenlandse familiewetten – o.m. de Albanese<sup>232</sup>, Turkse, Tunesische<sup>233</sup>, Chinese, Japanse<sup>234</sup> en meerdere Latijns-Amerikaanse – algemeen worden opgelegd aan de onderdanen, ongeacht waar ze huwen, kunnen door de Belgische ambtenaar worden genegeerd. Het betreft o.m. de vereiste van een burgerlijke huwelijksluiting of van de aanwezigheid van twee getuigen.

**144.** Hetzelfde geldt overigens voor vormvereisten die betrekking hebben op de huwelijksvoltrekking. In dit verband bepaalt art. 5 Haags Verdrag 1902 dat de publikatievereisten van de *lex patriae* ook bij huwelijksluiting in het buitenland moeten worden geëerbiedigd, maar niet op straffe van nietigheid van het huwelijk. Slechts een overtreding van de vormvereisten van de *lex loci celebrandi* kan een nietigheidsgrond vormen.

**\* Besluit m.b.t. de omgang met buitenlandse vormvereisten bij de huwelijksaangifte in België**

**145.** Er stellen zich vandaag noch naar rechte, noch in de praktijk, concrete problemen in die zin dat buitenlandse vormvereisten het recht van vreemdelingen om in België te huwen meer zouden beperken dan het recht van Belgen om in

<sup>229</sup> Art. 146-I C.C., ingevoerd bij Wet nr. 93-1° 27 van 24 augustus 1993. Hierdoor is de oorspronkelijke vormvereiste verworden tot een grondvereiste. In die zin o.m. TGI Paris 28 november 1995, *Bull.* Nr. 427, 23; Cass. fr. 15 juli 1999, *R.C.D.I.P.* 2000, 207-218, noot L. GANNAGE. Dat de regel met een grote gestrengheid wordt toegepast, blijkt uit het aangehaalde Cassatiearrest, dat het huwelijk van een bipatride Fransman betrof. Het huwelijk werd nietigverklaard, ook al had de man de nationaliteit van een Staat die geen persoonlijke verschijning vergt en was hij in die Staat gehuwd, en ook al was er kennelijk geen dwang uitgeoefend.

<sup>230</sup> Cass. fr. 9 december 1953, *D.* 1954, 168; Cass. fr. 13 februari 1961, *D.* 1961, 349, noot G. HOLLEAUX.

<sup>231</sup> In dezelfde zin: F. BOULANGER (1993), I, 238; J. MESTRE, *Jurisclasseur international*, fasc. 546a, nr. 90; zie ook vroegere Franse regelgeving en rechtspraak: Instruction générale d'Etat civil, randnr. 48; Cass. fr. 8 januari 1963, *D.* 1963, 341, noot P. MALAURIE.

<sup>232</sup> Art. 6, derde lid wet van 21 november 1964: vereiste van burgerlijke huwelijksluiting, ook in het buitenland. Hierover BERGMANN en FERID (losbl.), "Albanien", 84.

<sup>233</sup> Art. 3 Wetboek inzake het personeel statuut: steeds worden een bepaling van twee getuigen en een regeling inzake bruidsgift geveegd.

<sup>234</sup> Art. 741 B.W. Hierover BERGMANN en FERID (losbl.), "Japan", 22 en 42.

België te huwen van Belgen. Leggen buitenlandse rechtsstelsels hun onderdanen grensoverschrijdende vormvereisten op, dan worden die door de Belgische ambtenaar en rechter genegeerd.

**146.** Slechts vormvereisten van de *lex loci* bepalen op welke wijze het huwelijk moet worden aangegeven en voltrokken.

**147.** We gaan vervolgens in op de Belgische vormvereisten bij huwelijksvoltrekking.

### B.3. VORMVOORWAARDEN BIJ DE HUWELIJKSVOLTREKKING

#### B.3.A. HUWELIJKSSLUITING TEN OVERSTAAN VAN EEN AMBTENAAR VAN DE BURGERLIJKE STAND

**148.** Het huwelijk wordt in België (a) na voorafgaandelijke aangifte (b) openbaar aangegaan (c) ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand (d) die de akte van aangifte heeft opgemaakt<sup>235</sup>. Het dient vervolgens te worden geregistreerd (e).

Deze vijf vereisten (a tot e) gelden op straffe van nietigheid van het huwelijk<sup>236</sup>. De vereiste van een burgerlijke huwelijksluiting werd door de voormalige E.C.R.M. gerechtvaardigd bevonden<sup>237</sup>.

**149.** We gaan niet nader in op de details van de regeling, maar wensen drie bedenkingen te formuleren bij de wijze waarop wordt omgegaan met een overtreding ervan.

<sup>235</sup> Art. 166 B.W., opgenomen bij wet van 4 mei 1999.

<sup>236</sup> Art. 191-193 B.W. Zie ook Luik 26 juni 1997, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 331, noot C. PARIS; Luik 3 juni 1991, *J.T.* 1991, 658, noot D. STERCKX: het formalisme verbonden aan de huwelijksluiting verhindert het bestaan van een huwelijk indien de man, overleden vóór de huwelijksplechtigheid, wel zijn toestemming heeft gegeven maar de vormen voorgeschreven door art. 75 B.W. niet vervuld werden. Over de enige uitzondering op deze regel die in de na-oorlogse periode bij wet is toegestaan: zie H. WILLEKENS, "Art. 191 B.W.", in *Comm. Pers.*, 8. Zie ook voor Frankrijk: C. HOCHART en E. RUDE-ANTOINE, "Des questions de qualification et de preuve à propos des fiançailles, du concubinage, du mariage selon la coutume musulmane: Le cas de la France", *Onati-papers, o.c.*, 73, met verwijzing naar Cass. fr. 14 februari 1995 en Paris 8 december 1992, *D.* 1994.II.272, noot C. HOCHART, waarbij een louter religieus huwelijk slechts de kwalificatie van een feitelijke samenwoning meekreeg. Zie ook m.b.t. de ongeldigheid van een gewoonterechtelijk huwelijk: Tb. Seine 26 juni 1912, *R.C.D.I.P.* 1913, 140, concl. MORNET; Tb. Seine 7 januari 1922 en Paris 17 januari 1922, *S.* 1924, 2, 65, noot E. AUDINET; Cass. fr. 15 maart 1988, *Gaz. Pal.* 1989, I, 374.

M.b.t. het verbod van vormloze huwelijken: Vred. Sint-Gillis 5 april 1990, *J.T.* 1990, 662, hervormd door Brussel 20 november 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOLETS. Zie ook voor Frankrijk: Paris 3 maart 1898, *D.P.* 1998, 2, 120

<sup>237</sup> E.C.R.M. nr. 6167/73, zaak-X. t. Duitsland, 18 december 1974, *D&R* 1, 64: de weigering door een Duitse ambtenaar van de burgerlijke stand om een huwelijk te registreren dat niet aan de vormvereisten voldeed en louter religieus was aangegaan, schendt art. 12 E.V.R.M. niet. *In casu* meende de betrokkene dat hij gehuwd was na het lezen van een vers uit het Oud Testament. Hierover ook: C.D. DE JONG, *The freedom of Thought, Conscience and religion or belief and the United Nations* (1946-1992), Antwerpen, Intersentia, 2000, 502-509.

**150.** Ten eerste bestaat het huwelijk zolang het niet is nietigverklaard<sup>238</sup>. Sommige huwelijken die in België niet voor de ambtenaar van de burgerlijke stand worden voltrokken, glippen soms door de mazen van het net en worden ingeschreven<sup>239</sup>.

Een ongeldig huwelijk kan best stelselmatig worden vernietigd. De regel in bepaalde buurlanden dat een huwelijk onbestaande kan zijn, bv. de Nederlandse bepaling dat huwelijken die door een andere instantie dan een ambtenaar zijn gesloten, onbestaande zijn, schept o.i. rechtsonzekerheid.

Ook bepaalde Belgische rechtspraak oordeelt evenwel dat bij ontstentenis van enige vorm of schijn van burgerlijke huwelijksvoltrekking, bv. bij een louter religieuze huwelijksluiting in België<sup>240</sup>, er slechts sprake is van een vrije band en de nietigheid niet aan de orde is<sup>241</sup>.

We stemmen niet in met deze rechtspraak. De stelselmatige nietigheid van het vormgebrekkige huwelijk biedt de echtgenoot te goeder trouw o.i. terecht de mogelijkheid om het voordeel van een putatief huwelijk te worden toegekend<sup>242</sup>.

Ook om een andere reden is de keuze tussen een kwalificatie als onbestaand dan wel als nietig huwelijk van groot belang. Een vormelijke nietigheid, bv. de ontstentenis van ondertekening of dagtekening, kan met name door bezit van staat worden gedekt<sup>243</sup>. We menen dat met de overschrijving van de huwelijksakte steeds een schijn van huwelijk wordt gewekt. Deze rechtshandeling is o.i. dan ook bepalend voor de kwalificatie van het huwelijk.

<sup>238</sup> Zie o.m. Rb. Bergen 23 januari 1980, *Jur. Adm. Inf.* 1981, afl. 16, 9, noot M. TAVERNE.

<sup>239</sup> Rb. Dendermonde 29 juni 1989, *Pas.* 1990, III, 15, noot F.B.; Rb. Antwerpen 7 maart 1986, *R.W.* 1986-87, 953, noot L. DE FOER.

<sup>240</sup> Verbod in art. 21, tweede lid G.W. (hierover: Kort Ged. Antwerpen 26 juni 2001, A.R. 01/3357/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 20 maart 2001, A.R. 01/16/A, *onuitg.*; Kort Ged. Antwerpen 19 juni 2001, A.R. 01/804/A, *onuitg.*); art. 166 B.W. (impliciet); art. 267 Sw. (o.m. Rb. Dendermonde 29 juni 1989, *Pas.* 1990, III, 15, noot F.B.); art. 2 Protocol bij Belgisch-Marokkaans verdrag. Door de voormalige E.C.R.M. verenigbaar bevonden met art. 12 E.V.R.M.: E.C.R.M. nr. 6167/73, X t./ BRD; *D&R* 1975, 65.

<sup>241</sup> Luik 4 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1036, noot Y.H. LELEU.

<sup>242</sup> Dit gebeurde o.m. bij: Bergen 19 mei 1998, *J.T.* 1998, 599, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 255 (huwelijk voltrokken door een scheepskapitein); Brussel 17 november 1943, *J.T.* 1946, 115 (arbeidsongevallenvergoeding na religieus huwelijk). Zie ook B. MENHOFER, "Enfant et patrimoine dans la rencontre des civilisations", in F. RIGAUX (ed.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 365: verwijzing naar BverfG 30 november 1982, *BverfGE* 62, 323, *IPRax* 1984, 88: toekenning van een weduwnepensioen aan een vrouw die in 1947 gehuwd was met een Engelsman in Duitsland, ten overstaan van een Engelse priester. Ook al schond het huwelijk art. 13 III EGBGB, art. 6 I GW liet toe (bescherming van het huwelijk en van het gezin door de Staat) dat de vrouw als weduwe werd beschouwd.

Zie evenwel ook toekenning van een rechtsgevolg zonder dat het huwelijk was nietigverklaard, en onder de vermelding dat het huwelijk als dusdanig niet geldig was: Cass. 26 juni 1967, *R.W.* 1967-68, 786, *Arr. Verbr.* 1967, I, 1299: schadeloosstelling n.a.v. het overlijden door ongeval van de partner in een joods religieus huwelijk in België.

<sup>243</sup> Art. 196 B.W.

**151.** Een tweede bedenking heeft betrekking op de gestrengheid van de nietigheidssanctie. Kan de sanctionering van bepaalde vormelijke overtredingen, zoals de huwelijksvoltrekking door een onbevoegde ambtenaar, niet achterwege worden gelaten als blijkt dat de partners daarbij geen frauduleuze intentie hadden?

De Parijse rechter heeft in 1992 geweigerd om een huwelijk te vernietigen dat weliswaar door een onbevoegde ambtenaar was voltrokken, maar dan wel te goeder trouw, zonder het oogmerk om te frauderen<sup>244</sup>. Deze verschillende aanpak op grond van de intentie van de partners lijkt steeds meer doorgang te vinden in Frankrijk<sup>245</sup>.

Bepaalde Belgische rechtspraak lijkt dit voorbeeld te volgen en slechts een facultatieve absolute nietigheid aan te nemen<sup>246</sup>. De rechter kan zich daartoe overigens steunen op een impliciete wettelijke verwijzing naar het genoemde beginsel van een selectieve beoordeling: art. 193 B.W. verwijst naar de strafbaarstelling van echtgenoten met een vormgebrekig huwelijk, "ook al mochten die overtredingen niet voldoende geacht worden om de nietigheid van het huwelijk te doen uitspreken".

**152.** Ten derde stemmen we ermee in dat de huwelijkse registratievereiste van openbare orde is en terecht met nietigheid wordt gesanctioneerd<sup>247</sup>. We menen evenwel dat deze nietigheid op termijn door bezit van staat zou moeten kunnen worden gedekt, zoals naar Frans en Nederlands recht het geval is<sup>248</sup>.

<sup>244</sup> TGI Paris 10 november 1992, *D.* 1993, 467, noot B. BEIGNIER, *RTDCiv* 1993, 562, noot J. HAUSER: de ambtenaar van een arrondissement waar beide partners woonden voltrok het huwelijk in een naburig arrondissement waar de vrouw was gehospitaliseerd. Ze stierf drie dagen na de huwelijksvoltrekking. De vordering door haar broer tot nietigverklaring werd verworpen omdat "le nullité ne serait encourue qu'autant que cette irrégularité a eu pour but de conférer au mariage un caractère clandestin et de faire fraude à la loi".

<sup>245</sup> Cf. *infra*, randnrs 161 e.v.

<sup>246</sup> P. SENAËVE, *Compendium* (2000), nr. 1584, met verwijzing naar rechtspraak waarbij het huwelijk slechts werd nietigverklaard omdat (één van) de echtgenoten een grondvereiste had willen ontlopen. Zie ook Brussel 22 januari 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 31: geen nietigverklaring, omdat het huwelijk ook in de gemeente van huwelijksvoltrekking was afgekondigd. Ingevolge het oude artikel 8 Wet van 26 december 1891, *B.S.* 31 december 1891, waren de plaatsen van afkondiging de woon- of verblijfplaatsen van de echtgenoten. Aangezien er sinds de wet van 4 mei 1999 nog slechts één plaats van aangifte is, laat art. 166 B.W. evenwel geen ruimte meer voor een verandering van de lokatie van huwelijksvoltrekking.

<sup>247</sup> De vereiste figureert in art. 3 Huwelijksstoestemmingsverdrag; punt III Aanbeveling inzake huwelijksstoestemming en art. 16, tweede lid Vrouwenverdrag. Bepaalde auteurs bepleiten weliswaar t.b.v. minderheden dat het begrip 'openbare orde' aan een uitvoerig actualiteitsonderzoek zou worden onderworpen en eventueel nader en strikter omschreven zou worden (A.C.M. VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 268. Aan de regel dat de bevoegdheid tot het sluiten van rechtsgeldige huwelijken exclusief blijft voorbehouden aan de ambtenaren van de burgerlijke stand kan volgens deze auteur bv. worden gesleuteld). Ook zij menen niettemin dat het "onder alle omstandigheden voor onze rechtsorde noodzakelijk zal blijven dat huwelijken in verband met de derdenwerking die het huwelijk als rechtshandeling heeft, worden geregistreerd en gesloten in tegenwoordigheid van een overheidsfunctionaris".

<sup>248</sup> Art. 194 j° 46 Franse C.C. bepalen dat in geval van overmacht een gehuwd koppel zijn toestand kan regulariseren via inroeping van bezit van staat als het tevens de huwelijksakte voorlegt

**153.** Voorts voorziet het B.W. o.i. in voldoende verzachtingen op de nietigheidssanctie waaraan vormgebreken zijn onderworpen.

Aan partnerrelaties in een nietig huwelijk kunnen weliswaar voordelen worden toegekend, maar dan slechts als buitenhuwelijkse tweerelatie of, bij aanname van goede trouw, via het voordeel van een putatief huwelijk. De recente stappen naar een ruimere inachtnaam van buitenhuwelijkse samenleving, ook buiten het instituut van de wettelijke samenwoning om, bv. in het socialezekerheidsrecht, bieden vandaag meer mogelijkheden om tot een billijke oplossing te komen zonder de eigenheid van het huwelijk aan te tasten<sup>249</sup>.

### **B.3.B. HET CONSULAIRE HUWELIJK (EN DE PROBLEMATIEK VAN RECHTSORDES DIE EEN RELIGIEUZE HUWELIJKSSLUITING VERGEN)**

**154.** Ook wat de regeling van het consulaire huwelijk betreft staan we slechts stil bij enkele vragen die onze aandacht in het bijzonder wegdragen.

**155.** Enkele rechterlijke uitspraken hebben bij ons de vraag gewekt of een opvolgende consulaire aktering van een religieus huwelijk in België, in aanwezigheid van beide partners, gelijkgesteld kan worden met een consulaire huwelijk als de Zendstaat zelf een religieus huwelijk geldig bevindt<sup>250</sup>.

Alle uitspraken die ons bekend zijn, hebben dat impliciet of expliciet geweigerd<sup>251</sup>.

---

aan de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Ook naar Nederlands recht kan het huwelijk door getuigen of bescheiden worden bewezen, "mits er een uiterlijk bezit van de huwelijkse staat aanwezig is"<sup>248</sup>. Beide wetten voorzien tevens in een soepele regeling voor de kinderen uit een niet-geregistreerd huwelijk van inmiddels overleden ouders. Zij kunnen via het bewijs van bezit van staat van gehuwde in hoofde van hun ouders bewijzen dat ze huwelijkse kinderen zijn: art. 197 C.C., en ruimer t.a.v. alle kinderen, ook als de ouders nog leven: art. 80 N.B.W.

<sup>249</sup> Ten tijde van het Cassatiearrest van 1967 was dat minder eenvoudig. Het Hof zou vandaag mogelijk anders geoordeeld hebben.

<sup>250</sup> In de zaak van Rb. Brussel 29 oktober 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 291 (*cf. infra*), had slechts één van de partners de verklaring afgelegd. We stemmen ermee in dat dergelijk huwelijk niet geldig is, gezien de vereiste van een persoonlijke verschijning in hoofde van beide partners.

<sup>251</sup> Luik 4 maart 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1036, noot Y.-H. LELEU (religieus huwelijk van twee Italianen in België, dat is geregistreerd op het consulaat, heeft geen rechtsgevolgen in België, ook al laat de Italiaanse wet een louter religieus huwelijk toe); Rb. Brussel 29 oktober 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1985, 291 (de aktering van een Grieks-orthodox religieus huwelijk in België heeft slechts de waarde van een loutere registratie. Heropening debatten om de partijen via nieuwe besluits de kans te geven om nadere uitleg te geven bij hun opvatting dat de vordering ontvankelijk is. Het O.M. had de nietigverklaring van het huwelijk gevorderd); Luik 19 februari 1953, *R.C.J.B.* 1953, 253, noot R. PIRET (religieus huwelijk in België, dat is geregistreerd op het consulaat heeft geen rechtsgevolgen in België, ook al laat de wet van de zendstaat een louter religieus huwelijk toe. *In casu* werd het huwelijk voor onbestaande gehouden. Niettemin werd de vrouw het voordeel van een putatief huwelijk verleend); zie ook Brussel 17 november 1967 en Rb. Brussel 8 oktober 1978, *onuitg.*, aangeh. in advies O.M. bij Rb. Brussel 29 oktober 1982, *I.c.*

Wij menen evenwel dat de aktering op het consulaat kan worden gelijkgesteld met een geldig huwelijk, met ingang van het ogenblik van de aktering. Het is immers minstens de wil van de partijen om het huwelijk vanaf dat ogenblik erkend te zien.

Een retroactieve erkenning kan o.i. niet worden toegestaan omdat de eerdere huwelijks toestemming niet door een bevoegde instantie geldig is bevonden. Het huwelijk zal hinken voor de periode die ligt tussen de religieuze huwelijksluiting en de consulaire 'bevestiging' van het huwelijk.

De partners zullen met dit voorstel evenwel alvast bekomen dat hun vertrouwen dat ze consulaire geldig gehuwd zijn, niet geschonden wordt.

**156.** Het huwelijksrecht van o.m. Afghanistan, Saoudi-arabië, Cambodja, China, Egypte, Irak, Iran, Japan, Jemen, Laos, Marokko<sup>252</sup>, Oman en Thailand voorziet tot op vandaag overigens slechts in een religieuze huwelijksluiting<sup>253</sup>.

De Belgische wetgever wenst hier geen rekening mee te houden. Een huwelijk moet in België burgerrechtelijk worden gesloten.

We stemmen hiermee slechts gedeeltelijk in. Het komt in de eerste plaats aan de Herkomststaat die een religieuze viering vereist, toe om de betrokkenen in de mogelijkheid te stellen om het risico op een hinkend huwelijk vermijden door te opteren voor een opvolgende religieuze huwelijksluiting. Door hen toe te laten om consulaire religieus te huwen, kan aan deze bekommernis tegemoet gekomen worden, zonder dat de partners zich daartoe naar het buitenland moeten begeven. Door de mogelijkheid om consulaire te huwen open te stellen voor gemengde koppels, kan de betreffende Staat het risico op hinkende huwelijken inperken.

De Belgische Staat hoeft zich in dit verband niet als eerste te engageren. Dat zou wél het geval zijn, mocht ons voorstel bestaan in een uitnodiging om meer soepelheid aan de dag te leggen m.b.t. de eigen vormvereisten en een religieuze huwelijksluiting in België toe te laten. We formuleren dergelijk voorstel niet. Het belang om de geldigheid en oprechtheid van elk huwelijk te kunnen nagaan alvorens er rechtsgevolgen aan worden verbonden, primeert o.i. Het komt aan de Herkomststaat toe om de betrokkenen in de mogelijkheid te stellen om aan alle substantiële vereisten te voldoen.

Wél vergt een daadwerkelijke inperking van het risico op hinkende huwelijken de medewerking van de Belgische Staat. De openstelling van het consulaire huwelijk in België voor nationaliteitsgemengde koppels is m.n. geen discretionaire beslissing van de Zendstaat. België dient zich vooreerst nog bereid te tonen om deze openstelling te eerbiedigen. Daartoe dient een bepaling in die zin te worden opgenomen in een consulaire verdrag. Is België geen consulaire verdrag aange-

<sup>252</sup> In die zin o.m. V. VAN DEN EECKHOUT, (doct. K.U. Leuven), 196: het huwelijk is ook religieus m.b.t. Marokkanen die noch moslim, noch jood zijn, aangezien ook op hen de Mud. wordt toegepast.

<sup>253</sup> Hierover: P. MAYER (1994), 365.



gaan met de Zendstaat, dan is slechts een consulaire huwelijk mogelijk als beide partners dezelfde nationaliteit, nl. die van de Zendstaat, hebben<sup>254</sup>. Is er wél een verdrag, dan heeft de regeling steeds slechts betrekking op twee vreemdelingen. Een Belg kan in België niet louter<sup>255</sup> of eerst<sup>256</sup> consulaire huwen, ook niet in geval van bipatridie<sup>257</sup>. We menen dat aan deze regel best kan worden vastgehouden, om fraude te voorkomen<sup>258</sup>. Ze zou overigens kunnen worden uitgebreid tot

<sup>254</sup> Omz. 13 maart 1980 tot wijziging van de punten II en III van de omzendbrief van 27 juni 1978 betreffende sommige problemen inzake vreemdelingen, B.S. 18 maart 1980; Vred. Sint-Jans-Molenbeek 21 juni 1988, T. Vred. 1989, 106. Bv. weigering van consulaire huwelijk van een Tunesisch koppel waarvan de vrouw tevens de Belgische nationaliteit had: Luik 16 november 1993, T.B.B.R. 1994, 503, noot L. BARNICH: art. 3 Nationaliteitsverdrag van 12 april 1930 laat de Verdragsstaten toe om voorrang te verlenen aan de nationaliteit van het *forum*; A. HEYVAERT (1989), 117; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 223.

Een consulaire huwelijk tussen twee personen met een verschillende nationaliteit moet evenwel als geldig worden beschouwd zolang het niet is nietigverklaard: Omz. 13 maart 1980, l.c.; Rb. Brussel 24 februari 1987, T.B.B.R. 1989, 165.

<sup>255</sup> Voor het gemengd Belgisch-Marokkaanse koppel is door het Belgisch-Marokkaanse verdrag van 26 september 1979 bepaald dat ze gemengd consulaire kunnen huwen. Voorwaarde daarbij is evenwel dat het huwelijk is voorafgegaan door een burgerlijke huwelijksluiting in België. Twee Marokkaanse partners hebben de keuze tussen een burgerlijk of een consulaire huwelijk in België. Het verdrag is evenwel nooit gepubliceerd in het B.S. en geniet aldus geen werking. Het Ontwerp-Verdrag tussen België en Marokko van 15 oktober 1991 herneemt deze bepaling. Frankrijk heeft een gelijkaardige bepaling opgenomen in het Frans-Marokkaanse akkoord van 10 augustus 1981. Hierover o.m. P. LAGARDE, "Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités", R.C.D.I.P. 1988, 29-54.

<sup>256</sup> Ook bij verdragsrechtelijke bepaling dat tevens een consulaire huwelijk moet worden aangegaan, kan dat huwelijk slechts volgen op een voorafgaande burgerlijke huwelijksluiting.

<sup>257</sup> Ongeacht welke de effectieve nationaliteit is: Omz. 13 maart 1980 betreffende de geldigheid van afschriften en uittreksels van huwelijk, opgemaakt door buitenlandse diplomatieke of consulaire overheden, B.S. 18 maart 1980; Brussel 9 maart 1968, aangeh. door J. SALMON, l.c., 673; Rb. Luik 27 februari 1976, J.L.M.B. 1975-76, 275 (kwalificatie als onbestaand huwelijk); Luik 26 november 1976, J.L.M.B. 1976-77, 235; Jeugdrb. Brussel 15 juni 1981, J.T. 1981, 760 (consulaire huwelijk werd niet erkend, maar kreeg wel afstammingsrechtelijke gevolgen toegekend); Luik 16 november 1993, T.B.B.R. 1994, 503, kritische noot L. BARNICH (wel voordeel van een putatief huwelijk). Zie ook Reims 19 januari 1976, J.D.I. 1976, 924. Hierover: M.C. FOLETS, "La célébration du mariage devant le consul", Rev. dr. étr. 1991, 223-225; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), nr. 988; G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1986, 223; J. VERHELLEN, "Dubbele nationaliteit en het onderzoek naar de effectieve nationaliteit", (noot onder Vred. Antwerpen 9 oktober 1997 en 27 maart 1997), R.W. 1997-98, 1397-1400; J. VERHOEVEN, "Jurisprudence belge relative au droit international", B.T.I.R. 1978-79, 760.

<sup>258</sup> Met het consulaire huwelijk kan m.n. een preventieve controle op schijnhuwelijken worden ontweken. Er is overigens minder garantie dat het huwelijk effectief ook in de ontvangststaat zal worden geregistreerd (Zie hierover L. JORDENS-COTRAN, "De Hoge Raad en consulaire huwelijken", N.J.B. 1997, 682-685; TH. M. DE BOER, noot onder H.R. 13 december 1996, N.J. 1997, nr. 469: of het huwelijk wordt geregistreerd in het vaderland van beide partners, ligt volledig in hun handen. De Boer wijst erop dat ook het volkenrecht zich verzet tegen dergelijke consulaire huwelijken. De exclusieve territoriale rechtsmacht van de ontvangststaat wordt erdoor met de voeten getreden. De effectieve nationaliteit duidt aan wie exclusief bevoegd is, ook al is er geen uitdrukkelijke volkenrechtelijke bepaling. De Boer meent dat het aan de ontvangststaat toekomt om al dan niet inbreuken op de eigen rechtsmacht toe te laten. Zolang de Nederlandse wetgever geen duidelijkheid schept (dit gebeurde wél in 1998), kan de Hoge Raad volgens De Boer dan ook vrij oordelen. De Boer betoonde zich voorstander voor een beperking van het verbod tot monopatride Nederlanders). Ook dreigen op die manier in België religieuze huwelijken te worden gesloten, met alle problemen vandien, bv. wat betreft het tekort aan publiciteit (M.-C. FOLETS, "La célébration du mariage devant le consul", (noot onder Rb. Luik 28 juni 1991), Rev. dr. étr.

vreemdelingen met een stabiele verblijfspositie in België, als verlengstuk van ons aanknopingsvoorstel.

De Belgische Staat zou m.a.w. naar onze mening steeds een eerste stap van de Staat die een religieuze huwelijkssluiting vergt kunnen afwachten. Wordt die stap evenwel gezet, dan is het met het oog op de internationale beslissingsharmonie aanbevolen dat de wetgever zich bereid betoont om het beginsel van een eenmalige consulaire of van een opvolgende consulaire huwelijkssluiting toe te laten, ook als het nationaliteitsgemengde koppels betreft, mits geen van de partners Belg is<sup>259</sup>.

**157.** Met dit voorstel kan o.i. worden tegemoet gekomen aan de bepaling van art. 5 van het Haagse Huwelijksverdrag van 1902. Deze bepaling biedt de Verdragsstaten de mogelijkheid om af te wijken van de algemene regel dat de vormgeldigheid van het huwelijk wordt bepaald a.h.v. de *lex loci celebrandi*. De bepaling geeft aan dat elke Staat mag weigeren het huwelijk in een andere Verdragsstaat van een eigen onderdaan te erkennen als daarbij niet het voorschrift is nageleefd dat het huwelijk religieus moet worden gevierd.

Hiermee geeft het Verdrag aan de vereiste in beginsel als een vormvereiste te beschouwen, maar te aanvaarden dat elke Staat het t.a.v. de eigen onderdanen als grondvoorwaarde beschouwt. *Fraude à la loi* door in het buitenland louter burgerrechtelijk te huwen, kan aldus worden bestreden.

De Haagse Conferentie zette hiermee het licht op groen voor hinkende rechtsposities. We nuanceren evenwel: het Verdrag moet in zijn historische context worden geplaatst. Het is niet zeker dat de bepaling vandaag opnieuw zou worden gestemd.

De C.I.E.C. en het V.N.-Comité voor de Mensenrechten hebben overigens geoordeeld dat op elke Staat de positieve verplichting rust om anders- of niet-

---

1991, 223-225. Zie ook V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), nr. 76: met het oog op meer rechtszekerheid is een vaste regel vereist. Het voordeel van een putatief huwelijk kan in schrijnende gevallen een verzachting bieden). Tenslotte kan worden verwezen naar het argument van de gelijke behandeling, opgeworpen door M.-C. FOLETS, *l.c.*, 254, die stelt dat bepaalde vreemdelingen bij verwerving van de Belgische nationaliteit automatisch hun oorspronkelijke nationaliteit verliezen. Zij kunnen hoe dan ook niet langer rechtstreeks een beroep doen op hun oorspronkelijke cultuur in personele aangelegenheden, ook al houden ze die in ere. Waarom zouden bipatriden dat dan wel mogen?

<sup>259</sup> Met art. 11 E.G.B.G.B. is in Duitsland overigens voorzien in een facultatieve verwijzingsregel bij zowel louter religieuze huwelijkssluiting in eigen land als voor de erkenning van buitenlandse religieuze huwelijken. De regel heeft evenwel slechts betrekking op vreemdelingen en geldt slechts als zowel hun *lex patriae* als de minister of senator van binnenlandse zaken van de deelstaat (*Land*) waar het huwelijk wordt voltrokken, in die mogelijkheid voorziet: K. SCHWEPPE, "Germany", in C. HAMILTON en A. PERRY, *Family law in Europe*, London, Buttersworth, 2002, 297. Bepaalde auteurs en rechters menen evenwel de bepaling verruimd te kunnen toepassen op Duitse onderdanen (OLG Köln 10 mei 1993, *IPRax* 1994, 371, waarbij een huwelijk werd erkend dat was aangegaan ten overstaan van een Britse legerofficier. Dit arrest steunt meerdere auteurs in hun pleidooi om de *locus*-regel een veralgemeend facultatief karakter te verlenen, uit eerbied voor de culturele eigenheid van de betrokkenen: E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. Cours* 1995, IX, 154.).

gelovigen, ongeacht hun nationaliteit, in de mogelijkheid te stellen om burgerlijk te huwen<sup>260</sup>.

## C. DE ERKENNING VAN HUWELIJKEN DIE IN HET BUITENLAND ZIJN AANGEGAAN, MET BIJZONDERE AANDACHT VOOR HET LOUTER RELIGIEUZE HUWELIJK EN HET HUWELIJK DAT IS AANGEGAAN IN EEN NAAR BELGISCH RECHT ONBEKENDE VORM

### C.1. ALGEMENE REGELS

#### C.1.A. DE ERKENNING VAN EEN RECHTSGELDIG IN HET BUITENLAND AANGEGAAN HUWELIJK

**\* *Fraude à la loi, intentionele ontsnapping aan de vormvereisten van de lex patriae, als weigeringsgrond in het land van herkomst om het huwelijk te erkennen***

**158.** De bilateralisering van de *locus*regel heeft tot gevolg dat huwelijken die in het buitenland naar de vorm rechtsgeldig zijn aangegaan in toepassing van de *lex loci*, erkend kunnen worden in België. Een huwelijk bij volmacht is rechtsgeldig naar o.m. Marokkaans recht. Het kan in België worden erkend, ook al zijn er Belgen bij betrokken<sup>261</sup>. Hetzelfde geldt voor religieuze huwelijken<sup>262</sup>. De enige weigeringsgrond is deze die steunt op *fraude à la loi*<sup>263</sup>.

**159.** Deze weigeringsgrond speelt bij *elke* frauduleuze ontsnapping aan Belgische vormvereisten, zoals bij ontsnapping aan de voorafgaande publiciteitsvereisten<sup>264</sup>, en wordt in de praktijk voornamelijk toegepast wanneer de overtreding

<sup>260</sup> Punt 8 Aanbeveling nr. 2 Algemene vergadering C.I.E.C. betreffende het huwelijksrecht, 8 september 1976; V.N.-Comité voor de Mensenrechten, *General Comment* nr. 19, § 4; S. LAGOUTTE en A.T. ARNASON, "Article 16", in G. ALFREDSSON en A. EIDE (eds), *The universal declaration of human Rights. A common standard of achievement*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1999, 330; M. PALM-RISE, o.c., 156-157; D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 167.

<sup>261</sup> Rb. Leuven 1 december 1998, *T. Not.* 2000, 49: "er kan niet worden gezegd dat een huwelijk bij procuratie de Belgische internationale openbare orde zou schenden, nu het Belgisch recht in oorlogstijd het ook kent". Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnrs 108 e.v.

<sup>262</sup> Brussel 30 juni 1972, *J.T.* 1973, 143, noot N. WATTE.

<sup>263</sup> Rb. Brussel 25 mei 1968, *Pas.* 1969, III, 35. Het religieuze huwelijk dat in Oostenrijk in overtreding van de plaatselijke vormvereisten was aangegaan, werd ter plaatse evenwel erkend, rekening houdend met de bijzondere omstandigheden (oorlog) waarin het was ontstaan. Niettemin meende de Belgische rechter de erkenning te moeten weigeren. De partners werden evenwel het voordeel van een putatief huwelijk verleend.

<sup>264</sup> Rb. Antwerpen 30 december 1966, *R.W.* 1968-69, 603; Rb. Luik 3 februari 1966, *J.L.* 1965-66, 203 (huwelijk in het buitenland aangegaan omdat de man zich wilde onttrekken aan de Belgische justitie, die hem wegens collaboratie tot de doodstraf veroordeeld had); Brussel 31 januari 1962, *Pas.* 1963, II, 217; Rb. Verviers 28 maart 1960, *J.L.* 1959-60, 263, noot M.H.; Rb. Brussel 7 juli 1956, *Pas.* 1957, III, 101 (de huwelijksplannen zouden in België gestuit hebben op een rechterlijke beslissing tot schorsing); Rb. Brussel 24 juni 1954, *J.T.* 1955, 424; Rb. Brussel 9 april 1954,

erop is gericht aan een grondvereiste te ontsnappen. Bepaalde rechters beschouwen ook een ontstentenis van overschrijving van de huwelijksakte achteraf in het herkomstland als een nietigheidsgrond<sup>265</sup>. Hierna zullen we aangeven dat de hypothese van intentioneel frauduleuze wetsontduiking in het Belgische huwelijksrecht slechts voorkomt in twee gevallen: bij ontvluchting van de ouderlijke toestemming<sup>266</sup> of van een rechterlijke dispensatie<sup>267</sup>. Een ontstentenis van overschrijving van het buitenlandse huwelijk in België is geen nietigheidsgrond<sup>268</sup>. Ook het uitblijven van een extra bevestiging van het in België aangegane huwelijk ten overstaan van de consulaire autoriteiten kan niet als verdacht of als teken van wetsontduiking worden beschouwd<sup>269</sup>.

**160.** De twee genoemde gronden tot ontduiking hebben betrekking op dermate essentiële grondvereisten voor het huwelijk, dat een systematische nietigverklaring na aanneming van een efficiënter aanknopingsstelsel o.i. is aangewezen.

**161.** In een vorig deel<sup>270</sup> gaven we aan dat de *fraus omnia corrumpit*-regel reeds uit praktische overwegingen werd verlaten als het erop aankwam de geldigheid te beoordelen van een buitenlands huwelijk waarbij bepaalde buitenlandse grondvereisten waren overtreden, maar dat naar Belgisch intern recht volstrekt geldig was.

We gaven te kennen dat we instemmen met deze soepele erkenningstechniek en suggereerden een algemene herkwalificatie van deze strengere beletselen van buitenlands recht als verbiedende beletselen.

Het voorstel wijkt af van de huidige I.P.R.-regels, en dat dan nog m.b.t. *grondvereisten* naar buitenlands recht. Het karakter van grondvereiste kan evenwel vaak worden gerelativeerd: vele van de betrokken vereisten worden vandaag reeds door meerdere rechters weggekwalificeerd als vormvereiste, zo bv. de vereiste van een voorafgaande administratieve instemming met het huwelijk<sup>271</sup>.

---

*J.T.* 1955, 110 (omwille van verhinderende beletselen); Rb. Luik 23 april 1953, *J.L.* 1952-53, 285 (huwelijk in Engeland zonder ouders te informeren, zonder samenwoning bij terugkeer in België en zonder overschrijving van de huwelijksakte); Rb. Brussel 13 mei 1950, *Pas.* 1950, III, 91 (huwelijk in het buitenland aangegaan zonder publiciteit en zonder betekening van een akte van eerbied); Rb. Brussel 13 december 1922, *Pas.* 1924, III, 52 (*idem*); Rb. Brussel 28 februari 1911, *Pas.* 1911, III, 251 (*idem*).

<sup>265</sup> Rb. Luik 23 april 1953, *J.L.* 1952-53, 285; Rb. Brussel 30 juni 1972, *J.T.* 1973, 143, noot N. WATTE.

<sup>266</sup> O.m. Rb. Mechelen 29 juni 1982, *Pas.* 1982, II, 33.

<sup>267</sup> A. VAN GYSEL, "Nullité du mariage et putativité en droit international privé", *T.B.B.R.* 1988, 474: de Belgische aangifteplicht is immers (vooralsnog: zie ontwerp van I.P.R.-codex: *cf. supra*) niet verruimd tot de huwelijksluiting van Belgen in het buitenland.

<sup>268</sup> *Cf. infra*. Zie ook A. VAN GYSEL, *l.c.*, 475; F. RIGAUX, *l.c.*, 253.

<sup>269</sup> Rb. Brussel 19 oktober 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 54.

<sup>270</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 4, randnr. 39 (zie ook *ibid.*, randnr. 144 m.b.t. huwelijksvoltrekking).

<sup>271</sup> M.b.t. andere van de bedoelde beletselen wordt vaak geoordeeld dat ze slechts toegepast moeten worden in de rechtsorde die ze instelt. Die rechtsorde kwalificeert ze zelf overigens vaak als louter verbiedende beletselen: *cf. supra*, hoofdstuk 4, randnr. 57.

**162.** De vraag is vervolgens of ook de overtreding van *Belgische grondvereisten* in bepaalde gevallen door de vingers kan worden gezien.

Tot nog toe stelden Belgische rechters, voor zover we dit a.h.v. gepubliceerde rechtspraak hebben kunnen nagaan, zich streng op t.a.v. ontduikingen van de Belgische familiewet<sup>272</sup>. Deze houding is volgens meerdere auteurs terecht en biedt een tegenwicht voor een soepele erkenning van buitenlandse huwelijken waarbij geen wetsontduiking heeft plaatsgevonden<sup>273</sup>.

**163.** Binnen de rechtsleer evenwel vindt de stelling steeds meer doorgang dat wetsontduiking slechts gesanctioneerd dient te worden als de partijen die ontduiking intentioneel zijn begaan<sup>274</sup>. Daarbij wordt er overigens van uitgegaan dat een frauduleuze intentie ontbreekt zodra de betrokken partijen enige band hebben met de rechtsorde waarop ze een beroep hebben gedaan. Deze stelling wordt benoemd als de 'objectieve fraudeleer'<sup>275</sup>.

**164.** Bepaalde auteurs blijven zich evenwel tegen deze leer verzetten, aangezien ze toelaat dat via een intentionele nationaliteitsverwerving of een verblijf van

<sup>272</sup> Cass. 20 februari 1913, *Pas.* 1913, I, 115; Cass. 21 maart 1910, *Pas.* 1910, I, 155; Brussel 31 januari 1962, *Pas.* 1963, II, 217; Rb. Mechelen 19 juni 1984, *R.W.* 1985-86, 326, noot; Rb. Antwerpen 30 december 1966, *R.W.* 1968-69, 603; Rb. Luik 3 februari 1966, *J.L.* 1965-66, 203; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 221-222 (voor vroegere rechtspraak: zie J. MEEUSEN (1997), 256); M. VERWILGHEN, "Un cas de mariage confessionnel contracté par des Belges à l'étranger", *J.T.* 1970, 65; V. VAN POPPEL, "Wetsontduiking bij clandestiene huwelijken", *T.P.R.* 1968, 429.

<sup>273</sup> G. VAN HECKE en F. RIGAUX (1965), 354; J. DEPREZ (1988), 173-176; J. DEPREZ, noot onder Paris 18 juni 1964, *R.C.D.I.P.* 1967, 355; P. LAGARDE, noot onder Paris 19 februari 1960, *R.C.D.I.P.* 1961, 192; J. MEEUSEN (1997), 252; A. SINAY-CYTERMAN, noot onder Cass. fr. 1 maart 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 723.

<sup>274</sup> Zie reeds o.m. Brussel 19 december 1997, *Pas.* 1997, II, 27; Brussel 14 oktober 1981, *Credoc* 1981, afl. december 1981, 7: een Fransman overleed in België. Er ontstaan vragen rond zijn huwelijk met een Franse vrouw. Zij roept het putatief huwelijk in. Frans recht wordt toegepast. Dit recht vermoedt goede trouw tot het egenbewijs is verstrekt. Een huwelijk gesloten in het buitenland om de nationale wet te ontduiken, sluit niet noodzakelijk de goede trouw uit: men kan in de waan verkeerd hebben dat het huwelijk geldig was volgens die nationale wet. Maar *in casu* wist de vrouw dat haar echtscheiding uit een vorig huwelijk nauwelijks erkenbaar was, omdat haar toenmalige man die scheiding op zeer eenzijdige wijze had bewerkstelligd in Mexico. De vrouw kon dus niet geloofd hebben in de geldigheid van haar huwelijk naar Frans recht. Zie ook: Cass. fr. 13 februari 1961, *D.* 1961, 349, noot G. HOLLEAUX (huwelijk geldig, wegens geen frauduleuze intentie); Paris 2 december 1966, *J.C.P.* 1967, II, 15.278.

<sup>275</sup> J.Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Brussel, Bruylant, 1991, 102; J. DE CEUSTER en K. LENAERTS, "Inleidend hoofdstuk", in *Comm. Pers.*, nr. 96; R. VANDER ELST, "La fraude à la loi en droit international privé", in J. BAUGNIET (ed.), *Mélanges en hommage au professeur Jean Baugnet*, Brussel, ULB, 1976, 800; J. SOSSON, "Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage", *J.T.* 2000, 654; R. VANDER ELST, "Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé", (noot onder Cass. 28 juni 1979), *R.C.J.B.* 1981, 359 (grondlegger van deze theorie); R. VANDER ELST en M. WESER, *Droit international privé belge en droit conventionnel international, I, conflits de lois*, Brussel, 1983, 352; G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 159; A. VAN GYSEL, "Nullité du mariage et putativité en droit international privé", *T.B.B.R.* 1988, 475. Hierover uitgebreid en overzichtelijk: J. MEEUSEN (1997), 250-259; J.Y. CARLIER, "Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 170.

één dag een geldig huwelijk in het betrokken land wordt aangegaan<sup>276</sup>. De leer zou slechts de *simulatie van een aanknopingsfactor* met de rechtsorde van het land van huwelijkssluiting bestrijden, niet de wetsontduiking op zich<sup>277</sup>.

**165.** We sluiten ons eerder aan bij het tegenvoorstel om een omgekeerde aanknopingscontrole door te voeren. Een intentionele huwelijkssluiting in het buitenland, in toepassing van buitenlands recht zou daarbij slechts aanvaardbaar zijn als de banden met de rechtsorde van de *lex patriae* reeds sterk zijn verzwakt en bijgevolg de verzachte werking van de B.I.P.O.O.-exceptie kan spelen<sup>278</sup>.

**166.** We hebben evenwel met ons aanknopingsvoorstel in een systematische oplossing voorzien. Het bovengenoemde voorstel bestaat erin clandestiene huwelijken door de vingers te zien in situaties waarbij de beïnvloede aanknopingsleidt tot een aanvaardbaar resultaat, in het licht van de doelstelling om aan te knopen bij de wet waarmee men de nauwste band heeft. De soepelheid komt m.a.w. neer op de retroactieve aanvaarding van een correctie op de aanknopings. Via ons aanknopingsvoorstel worden objectieve criteria aangereikt die bepalen met welke rechtsorde de sterkste band bestaat. Een clandestien huwelijk zou systematisch kunnen worden nietigverklaard.

**167.** Zoals we reeds aangaven, wordt de niet-naleving van meerdere Belgische vormvereisten bij huwelijkssluiting in het buitenland naar Belgisch I.P.R. niet beschouwd als een nietigheidsgrond. De grondslag hiervoor is gelegen in de *locus regit actum* regel. Aangezien ook de meeste andere Staten deze regel hanteren, zou een andere houding de erkenning van huwelijken van onderdanen (of voor ons aanknopingsvoorstel: eenieder die voor zijn personeel statuut aan Belgisch recht is onderworpen) in het buitenland systematisch uitsluiten.

**\* Vormvereisten van de *lex patriae* worden door de *lex loci* genegeerd bij huwelijkssluiting in het buitenland**

**- Negatie van de vereiste in toepassing van de *lex patriae* dat het huwelijk wordt aangegeven in de Staat van huwelijksvoltrekking**

**168.** Niet elke familiewet vereist dat het huwelijk voorafgaandelijk wordt aangegeven in de betreffende Staat van huwelijksvoltrekking. De regeling van de huwelijksaangifte is inmiddels o.m. afgeschaft in enkele Amerikaanse Staten (Arizona, Noord-Carolina) en de meeste voormalig socialistische landen<sup>279</sup> en in het

<sup>276</sup> Zie o.m. B. AUDIT (1991), 199; H. BATIFFOL en P. LAGARDE (1993), 596; P. MAYER (1989); G. KEGEL (1995), 350. Zie ook recente codificaties, o.m. art. 45, 2° Zwitserse I.P.R.-code, art. 5 Joegoslavische I.P.R.-wet, art. 12 § 4 Spaanse B.W. en art. 21 Portugees B.W. (ontleend aan J. MEEUSEN (1997), 253, noot 1288); V. VAN DEN ECKHOUT (doct.), 69: op die manier vervagen vorm en inhoud.

<sup>277</sup> M. FALLON, "Les heures sombres du facteur de la nationalité en droit international privé belge", *J.T.* 1978, 646; A. HEYVAERT (1995), 91; P. MAYER (1994), 180; zie o.m. Cass. 28 juni 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 1303.

<sup>278</sup> A. HEYVAERT (1995), 92; P. MAYER (1994), 179; J. MEEUSEN (1997), 254.

<sup>279</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 66.

V.K.<sup>280</sup>

Dergelijk ontberen van aangifteplicht is o.i. verenigbaar met de BIPOO, te meer aangezien ook naar Belgisch recht vrijstelling in uitzonderlijke gevallen (huwelijk *in extremis* bv.) mogelijk is<sup>281</sup>.

**169.** Is een huwelijk in het buitenland conform de *lex loci* aangegaan zonder voorafgaande aangifte, dan kan het in België worden erkend, ook al voorziet de familiewet van het land van herkomst, evenals de Belgische, in een verplichte aangifte (afkondiging)<sup>282</sup>. Dit geldt ook als de wet van het land van herkomst dermate veel aandacht besteedt aan de aangifte dat ze naast de verwachting van een aangifte in het land van huwelijksvoltrekking tevens de vereiste stelt dat het huwelijk voorafgaandelijk wordt aangegeven (afgekondigd) in het land van herkomst<sup>283</sup>.

#### - Negatie van andere vormvereisten van de *lex patriae*

**170.** Ook andere vormvereisten die door bepaalde familiewetten – o.m. de Albanese<sup>284</sup>, Tsjechische<sup>285</sup>, Turkse, Tunesische, Chinese, Japanse en meerdere Latijns-Amerikaanse – algemeen worden opgelegd aan de onderdanen, ongeacht waar ze huwen, kunnen in België worden genegeerd bij de beoordeling van de erkenbaarheid van het huwelijk.

#### - De vereiste dat het huwelijk achteraf ook in het vaderland wordt geregistreerd

**171.** De meeste Staten vereisen dat een buitenlands huwelijk van hun onderdanen bij hun terugkeer wordt geregistreerd in de eigen registers<sup>286</sup>. Ook behoort

<sup>280</sup> In het V.K. worden de huwelijkskandidaten op hun woord geloofd dat er geen huwelijksbelet-selen zijn: F. BOULANGER (1993), 184; D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 64.

<sup>281</sup> Art. 169 B.W. Zie ook meerdere buitenlandse wetgevingen in die zin.

<sup>282</sup> In die zin o.m. J. DE BURLET (1987), II, nr. 1511, die evenwel aanbeveelt om zoveel mogelijk rekening te houden met het buitenlandse recht, om een erkenningsweigering door het herkomst-land (wegens clandestien huwelijk) te vermijden (zie ook ons voorstel om bv. de buitenlandse vereiste van vertegenwoordiging door de huwelijksvoogd om die reden op verzachte wijze toe te passen, als de betrokkene dat zelf wenst); A. ROLAND en TH. WOUTERS, o.c., nr. 756.

<sup>283</sup> Cf. *supra*, o.m. m.b.t. de Franse regeling in die zin, randnrs 141 e.v.

<sup>284</sup> Art. 6 III wet van 24 november 1964.

<sup>285</sup> Art. 20 II wet van 4 december 1963.

<sup>286</sup> O.m. art. 171 B.W.; deze voorwaarde figureert niet in het N.B.W., noch in de Nederlandse W.C.H. (Wet van 7 september 1989, houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwe-lijk, in verband met de bekrachtiging van het Verdrag van 's-Gravenhage van 14 maart 1978 in-zake de voltrekking en de erkenning van de geldigheid van huwelijken, *Trb.* 1987, 137). Zie ook o.m. art. 194 Franse C.C., streng geformuleerd in die zin dat niemand een beroep kan doen op zijn gehuwde staat als het huwelijk niet is geregistreerd, tenzij in geval van overmacht (verlies of vernietiging registers: cf. art. 46 C.C.). Slechts t.b.v. de kinderen uit een niet-geregistreerd huwe-lijk van inmiddels overleden ouders is voorzien in een alternatief via het bewijs van bezit van staat van huwelijks kind: art. 197 C.C. Een gehuwd koppel kan zijn toestand slechts regulariseren via inroeping van bezit van staat als het tevens de huwelijksakte voorlegt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Laattijdige registratie is m.a.w. nog steeds mogelijk.

elk huwelijk dat in het buitenland wordt aangegaan te worden geregistreerd door de post van het vaderland die te plaatse zijn zending vervult<sup>287</sup>.

**172.** Aan de registratie gaat een legalisatie van de huwelijksakte vooraf. We haalden reeds aan dat zich op dit vlak problemen kunnen stellen die vervolgens doorwerken naar het niveau van de gezinshereniging na huwelijksluiting.

Het Brusselse Hof heeft in 1998 geoordeeld dat het Ministerie van Binnenlandse Zaken de weigering van een visum gezinshereniging niet kan verantwoorden door te stellen dat zijn stilzitten is ingegeven door het in gebreke blijven van de Belgische diplomatieke dienst om de huwelijksakte van betrokkene te legaliseren<sup>288</sup>. Dit arrest kan het ene Ministerie ertoe aanzetten om het andere tot actie uit te nodigen. Dergelijke druk kan de situatie van de vreemdeling ten goede komen en geeft tegelijkertijd aan de Dienst Vreemdelingenzaken het signaal om de huwelijksituatie nauwgezet op te volgen, in het licht van de strijd tegen schijnhuwelijken. Een verschuiving van de controle van het Ministerie van Buitenlandse Zaken naar het Ministerie van Binnenlandse Zaken kadert perfect in ons voorstel om de strijd *a posteriori* efficiënt te voeren, nu ze de enige betrouwbare is, aangezien de oprechte samenwoning van de partners een doorslaggevende beoordelingsfactor vormt.

**173.** Deze vereiste wordt, voor zover ze vreemdelingen betreft en een registratievereiste in toepassing van hun *lex patriae*, evenmin in België gehanteerd als criterium om de erkenbaarheid van het huwelijk te beoordelen<sup>289</sup>.

**174.** We staan evenwel kort stil bij de Belgische registratievereiste t.a.v. Belgen die in het buitenland (gemengd) zijn gehuwd. I.t.t. bepaalde rechters<sup>290</sup> menen we met o.m. het Hof van Cassatie dat de vereiste een ordemaatregel is en geen invloed heeft op de geldigheid van het huwelijk<sup>291</sup>.

#### **- De vereiste dat een onderdaan in het buitenland huwt ten overstaan van de consulaire of diplomatieke post van zijn vaderland**

**175.** Het Frans-Marokkaanse Verdrag van 10 augustus 1981 laat elke Staat de mogelijkheid om te bepalen dat een huwelijk van twee onderdanen in de andere

<sup>287</sup> CD-ROM, *I.c.*; Zie ook voor Frankrijk: art. 7 Min. Beslissing 62-921 van 3 augustus 1962, aangeh. in B. GOLDMAN (ed.), *Juris-classeur de droit international*, Paris, Editions techniques, 1988, Fasc. 544, nr. 105.

<sup>288</sup> Brussel 9 september 1998, *T. Vreemd.* 1998, 193. De ambassade te Islamabad steunde zijn weigering niet op aannemelijke gronden. De minister werd bevolen om binnen de tien dagen na de betekening van het arrest voorlopig een 'visum type D-gezinshergroepering' af te leveren.

<sup>289</sup> O.m. Brussel 30 juni 1972, *J.T.* 1973, 143, noot N. WATTE.

<sup>290</sup> Rb. Luik 23 april 1953, *J.L.* 1952-53, 285; Rb. Brussel 30 juni 1972, *J.T.* 1973, 143, noot N. WATTE.

<sup>291</sup> Zie ook Cass. 5 juli 1880, *Pas.* 1880, I, 263; Luik 8 april 1925, *Pas.* 1925, II, 152; Rb. Brussel 16 december 1967, *J.T.* 1970, 68; Brussel 30 juni 1972, *J.T.* 1973, 143, noot N. WATTE; Rb. Mechelen 29 juni 1982, *Pas.* 1983, III, 33.



Verdragsstaat voor zijn eigen consulaire agenten moet worden gesloten<sup>292</sup>. Vooralsnog is niet effectief vormgegeven aan dergelijke vereiste<sup>293</sup>. Integendeel, meerdere auteurs menen dat de Franse ambtenaar steeds een burgerlijk huwelijk kan sluiten tussen twee vreemdelingen, ook al verbiedt hun personele wet dat<sup>294</sup>. De bepaling laat evenwel toe dat de Franse wetgever beslist om niet langer te aanvaarden dat twee onderdanen een huwelijk aangaan ten overstaan van een Marokkaanse *adoul* of dat de Marokkaanse wetgever zijn onderdanen in Frankrijk slechts de mogelijkheid van een consulaire huwelijk laat.

**176.** Het Verdrag bepaalt evenwel niet hoe de andere Staat met dergelijke weigering moet omgaan. Het sluit m.a.w. niet uit dat, zoals gemeenrechtelijk gebeurt, een derde Staat zich niet met dergelijke vormvereisten van de *lex patriae* inlaat.

**- De vrijwillige inpassing van de buitenlandse vertegenwoordigingsvereiste in de vormvereiste dat twee getuigen aanwezig zijn**

**177.** Art. 75 B.W. vereist dat bij huwelijkssluiting in België twee getuigen aanwezig zijn. De vereiste in de meeste islamitische rechtssystemen dat een huwelijksvoogd de (meerderjarige) vrouw vertegenwoordigt bij haar huwelijkssluiting<sup>295</sup>, kan mogelijk vrijwillig onder deze vereiste worden thuisgebracht<sup>296</sup>.

**178.** Dergelijke inpassing met het oog op internationale beslissingsharmonie moet evenwel gebeuren op vraag van de huwelijkspartners. Een verplichte inpassing zou de huwelijksvrijheid van de vrouw schenden. De vereiste van een ouderlijke instemming met het huwelijk van meerderjarige kinderen kan onze rechtsopvattingen m.n. om twee redenen shockeren.

Vooreerst is de functie van huwelijksvoogd voorbehouden aan een man. Daarbij wordt desnoods verre familie aangesproken. De moeder of een naaste vrouwelij-

<sup>292</sup> Art. 6, tweede lid Verdrag. Hierover: F. MONEGER, "La convention franco-marocaine du 10 aout 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire", *R.C.D.I.P.* 1984, 2-69 en 267; P. DECROUX, "La convention franco-marocaine du 10 aout 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire", *J.D.I.* 1985, 49-101.

<sup>293</sup> Zie o.m. Aix en provence 21 januari 1981, *R.C.D.I.P.* 1982, 297, noot G. LEGIER en J. MESTRE.

<sup>294</sup> O.m. J.M. BISCHOFF, "Mariage", in D. CARREAU, P. LAGARDE, H. SYNDET, A. BERNARD en C. BONNAFOUS (eds), *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, losbl., II, nr. 127.

<sup>295</sup> O.m. in Marokko en Libanon: Y. MERON, "L'accommodation de la répudiation musulmane", *R.I.D.C.* 1995, 923 en 925; E. RUDE-ANTOINE, "Le droit international privé et les migrations maghrébines. La question des qualifications appliquée à la formation du mariage", in E. RUDE-ANTOINE (ed.), *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Karthala, 1992, 112-113. L. BUSKENS (1999): bij huwelijkssluiting in afwezigheid van een huwelijksvoogd is het huwelijk nietig wegens gebrek in de overeenkomst. O.i. betreft het een vormvoorwaarde met grensoverschrijdende werking. Dit leiden we af uit het Frans-Marokkaanse verdrag dat vereist dat voor de sluiting van het huwelijk van een Franse vrouw in Marokko eveneens een huwelijksvoogd wordt aangesteld.

<sup>296</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2.

ke verwante komt niet in aanmerking voor de functie<sup>297</sup>.

We argumenteerden hierboven evenwel reeds dat de voorwaarde niet noodzakelijk om deze reden op de BIPOO-exceptie hoeft te stuiten. Enerzijds kwam de ouderlijke instemmingsvereiste in het verleden ook in België op opvallende wijze hoofdzakelijk aan de vader toe. Bij onenigheid werd zijn standpunt lange tijd zonder meer gevolgd<sup>298</sup>. De Brusselse rechtbank oordeelde in 1913 overigens expliciet dat de Franse regel toegepast kon worden die het recht om zich te verzetten tegen een akte van eerbied voorbehield aan de vader, en de moeder dit recht slechts verleende indien de vader overleden of handelingsonbekwaam was<sup>299</sup>. Anderzijds kan het o.i. volstaan om t.b.v. de moeder te voorzien in een preventieve verzetsmogelijkheid of een remediërende mogelijkheid om de nietigverklaring te vorderen van een huwelijk dat is aangegaan in strijd met wettige huwelijksbeletselen.

De vereiste van een ouderlijke instemming met het huwelijk van een meerderjarige schendt als dusdanig o.i. evenwel het beginsel van huwelijksvrijheid. De vertegenwoordigingsvereiste zou in onze visie m.a.w. hoofdzakelijk als een concretisering worden beschouwd van de vereiste dat twee getuigen aanwezig zijn bij de huwelijksluiting. Ze kan evenwel niet worden afgedwongen van de huwelijkskandidate, aangezien haar bij huwelijksluiting in België de keuze wordt gelaten van wie ze aanstelt als getuige bij het huwelijk<sup>300</sup>.

T.a.v. een minderjarige zou de vereiste worden toegepast als een ouderlijke instemmingsvereiste. Deze is overigens soepeler geformuleerd dan de Belgische, aangezien ze zich beperkt tot de vader van het kind. De rechter kan bij vaderlijke weigering een vervangende machtiging verlenen, als dat het belang van het kind dient. Hij zal daartoe de Belgische wet toepassen na buitentoepassingverklaring van de buitenlandse bepaling, als die niet of te beperkend voorziet in een mogelijkheid tot vervangende machtiging.

**179.** Een tweede shockerend kenmerk is dat de vereiste slechts geldt ten aanzien van de meerderjarige *vrouw*. Deze laatste eigenschap maakt de vereiste op zich beschouwd onverenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw.

Via de mogelijkheid voor de vrouw om haar vader of de door haar wet aangewezen huwelijksvoogd aan te stellen als getuige bij het huwelijk, kan ze de internationale beslissingsharmonie alsnog dienen.

**180.** Ondertekent de 'huwelijksvoogd' als getuige de huwelijksakte, dan menen we dat de instanties van het land van herkomst zich niet tegen de erkenning van

<sup>297</sup> Zie o.m. art. 11 Mud.

<sup>298</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 14 e.v. en 143 e.v.

<sup>299</sup> Rb. Brussel 3 januari 1913, *J.D.I.* 1914, 633.

<sup>300</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 52, 58-60 en 154.

het huwelijk zullen verzetten, tenzij er andere beletselen rijzen<sup>301</sup>. Hetzelfde geldt voor buitenlandse huwelijkswetten die een ouderlijke instemming voor meerderjarige vereisen. Stelt de *lex patriae* van beide partners een instemming van beide ouders voorop, dan kan o.i. via een (onderhandse) volmacht door één enkele ouder aan de vereiste in hoofde van beide ouders worden voldaan.

### C.1.B. HET CONSULAIRE HUWELIJK IN HET BUITENLAND

#### **\* *Het consulaire huwelijk in het buitenland ten overstaan van een post van het vaderland***

**181.** Opdat een consulaire huwelijk dat is aangegaan ten overstaan van een bevoegde Belgische diplomatieke of consulaire ambtenaar zou kunnen worden erkend in België, wordt verder gegaan dan een loutere toepassing van de *lex auctoris, in casu* de Belgische wet. Vereist is tevens dat een consulaire huwelijk wordt toegestaan door de ontvangststaat<sup>302</sup>. Bij bi- of multilateraal Verdrag kan terzake in wederzijdse engagementen worden voorzien<sup>303</sup>.

#### **\* *Het consulaire huwelijk in het buitenland ten overstaan van een post van een derde land***

**182.** Bij een consulaire huwelijk t.o.v. een buitenlandse diplomatieke of consulaire post geldt dezelfde voorwaarde dat de Zendstaat<sup>304</sup> en de Ontvangststaat<sup>305</sup> een consulaire huwelijk in het concrete geval toelaten.

<sup>301</sup> Vele islamitische rechtssystemen vereisen bv. tevens een religieuze viering.

<sup>302</sup> Zie ook art. 5 Nederlandse W.C.H.

<sup>303</sup> Cf. *supra*, onze opsomming van consulaire overeenkomsten. Ten tijde van de louter religieuze huwelijkssluiting in o.m. Spanje en Griekenland heeft de CIEC een oplossing voor de onmogelijkheid van een consulaire huwelijk in die landen bewerkt d.m.v. art. 5 overeenkomst Parijs strekkende tot het vergemakkelijken van huwelijkssluiting in het buitenland, 10 september 1964 (is evenwel door België slechts ondertekend; geratificeerd door Duitsland, Nederland, Griekenland, Spanje en Turkije): "indien de wet van een der Overeenkomstsluitende Staten een kerkelijke huwelijkssluiting eist, kunnen de diplomatieke of consulaire vertegenwoordigers van de andere Overeenkomstsluitende Staten, indien hun wet hen daartoe machtigt, tot huwelijksvoltrekking in die Staat overgaan, mits ten minste één der echtgenoten onderdaan is van de Staat, die de diplomatieke of consulaire vertegenwoordiger heeft aangewezen, en geen der echtgenoten de nationaliteit bezit van het land waar het huwelijk wordt gesloten".

<sup>304</sup> O.m. Brussel 9 maart 1968, aangeh. door J. SALMON, o.c., 531, m.b.t. de onbevoegdheid van het Marokkaanse consulaat in België om een huwelijk te sluiten tussen een Marokkaan en een buitenlandse vrouw (dit is vandaag wél mogelijk: zie hierover F. MONEGER, "La convention franco-marocaine du 10 aout 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire", *R.C.D.I.P.* 1984, 58. Zie ook Franse rechtspraak m.b.t. de onbevoegdheid van het Guatemalteekse consulaat in Frankrijk: Tb. Seine 15 maart 1932, *R.C.D.I.P.* 1935, 647. Zie ook voorheen m.b.t. een gemengd huwelijk door de Franse diplomatieke post in Bulgarije: Tb. Seine 7 mei 1937, *J.D.I.* 1939, 522. Hierover ook V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 66; F. RIGAUX en M. FALLON (1993), II, nr. 1939; K. LAMBEIN en W. WAUTERS, "Enkele I.P.R.-beginselen inzake het internationale (consulaire) huwelijk en de internationale echtscheiding" (noot onder Gent 12 september 1994), *A.J.T.* 1995, 225-226.

<sup>305</sup> Zie ook art. 5, f verdrag van 24 april 1963 inzake consulaire verkeer, goedgekeurd bij wet van 17 juli 1970, *B.S.* 14 november 1970. Zie hierover o.m. F. BOULANGER (1993), I, 241.

**183.** Niet alle Zendstaten verlenen hun posten de bevoegdheid om een consulaire huwelijk aan te gaan. Libanon bv. voorziet niet in deze mogelijkheid. Zijn onderdanen moeten in het buitenland huwen volgens de vormen die de *lex loci* voorziet<sup>306</sup>. Bepaalde Staten beperken de bevoegdheid van hun posten ter zake tot een huwelijk van twee onderdanen. § 8, eerste lid van het Duitse Konsulargesetz<sup>307</sup> laat een gemengd consulaire huwelijk slechts toe in Staten waar een plaatselijke huwelijksluiting bewijs- en/of vormprobleem zou opleveren, zoals in Libië, Pakistan, Saoedi-Arabië en de Verenigde Arabische Emiraten<sup>308</sup>.

**184.** Ook laten niet alle Ontvangststaten een consulaire huwelijk toe.

Een totaal verbod geldt naar o.m. Zwitsers, Amerikaans, Oostenrijks, Chileens, Ecuadoriaans, Uruguayans en Mexicaans recht<sup>309</sup>.

Een verbod van consulaire *gemengde* huwelijken geldt o.m. in België, tenzij hiervan bij bilateraal akkoord is afgeweken<sup>310</sup>. Eenzelfde verbod is ingesteld in Frankrijk, tenzij hiervan bij decreet is afgeweken<sup>311</sup>, in Colombia en in Griekenland<sup>312</sup>.

Bepaalde andere Staten laten een consulaire gemengd huwelijk slechts toe mits geen van de partners onderdaan is van de Ontvangststaat. Dit is o.m. het geval in het V.K.<sup>313</sup>, Duitsland, Spanje, Italië, Nederland, Portugal en Finland. Het Frans-Marokkaanse verdrag van 1981 stelt eenzelfde beginsel voorop. We menen dat deze optie het best *favor matrimonii* en het belang van elke Staat bij voldoende controle op de personele staat van zijn onderdanen, met elkaar verzoent. Ook het Verdrag van de Raad van Europa van 11 december 1968 bevat een bepaling in de genoemde zin<sup>314</sup>. Het Verdrag is evenwel niet geratificeerd door o.m. België en is vooralsnog niet in werking getreden wegens een tekort aan ratificaties.

Wel hanteert België inmiddels bij consulaire verdrag met Algerije, Bolivia, Bulgarije, Denemarken, het G.O.S., Griekenland, Hongarije, Japan, Joegoslavië, Nicaragua, Peru, Polen, Roemenië, Tsjechoslovakije en Turkije<sup>315</sup>, een verbod op

<sup>306</sup> BERGMANN en FERID, o.c., "Libanon", 8. Libanon erkent een burgerlijk huwelijk van onderdanen in het buitenland. Aangezien het zelf evenwel slechts het religieuze huwelijk instelt, zien de betrokkenen hun huwelijksgevolgen geregeld zoals bij een religieus huwelijk.

<sup>307</sup> Wet van 11 september 1974, aangeh. in *Münchener Kommentar*, onder "Art. 13 E.G.B.G.B", nr. 114.

<sup>308</sup> F. BOULANGER (1993), I, 242.

<sup>309</sup> J. SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Brussel, Bruylant, 1994, 531.

<sup>310</sup> Cf. *infra*.

<sup>311</sup> Sinds 1901 is een gemengd consulaire huwelijk mogelijk in landen aangewezen bij decreet: hierover F. BOULANGER (1993), I, 242.

<sup>312</sup> M.b.t. de twee laatstgenoemde Staten: F. BOULANGER (1993), I, 242.

<sup>313</sup> Zie consulaire overeenkomst van België en het V.K. van 8 maart 1961, B.S. 9 oktober 1964.

<sup>314</sup> Hierover J. SALMON, o.c., 532.

<sup>315</sup> Gesteund op J. SALMON, o.c., 531-532. Ook Frankrijk is dergelijke bilaterale verdragen aangegaan, o.m. het hierboven genoemde Frans-Marokkaanse Verdrag. Hierover: F. MONEGER, "La convention franco-marocaine du 10 aout 1981 relative au statut des personnes et de la fa-

consulaire *gemengde* huwelijken. Art. 5 van het Belgisch-Marokkaanse verdrag gebiedt slechts een verplichte voorafgaande burgerlijke huwelijksluiting bij voltrekking in België. Een gemengd consulaire huwelijk in Marokko is m.a.w. mogelijk.

**185.** Daarbuiten wordt een erkenning slechts geweigerd indien het huwelijk strijdig is met de openbare orde<sup>316</sup>.

**186.** Art. 170 B.W. schept evenwel onduidelijkheid over de vraag of Belgen in het buitenland voor een Belgische post gemengd consulaire kunnen huwen. Geen enkele bepaling sluit dit expliciet uit. Art. 170 B.W. lijkt evenwel uit te wijzen dat een consulaire huwelijk in het buitenland van een Belg en een onderdaan van de Zendstaat in België niet wordt erkend. Het betreffende artikel heeft het immers slechts over de erkenbaarheid van een diplomatiek huwelijk dat door de Belgische posten wordt voltrokken<sup>317</sup>.

### C.1.C. HET BEWIJS VAN DE HUWELIJKSSLUITING IN HET BUITENLAND

#### *\* Het bewijs in toepassing van de lex loci*

**187.** In bepaalde omstandigheden kunnen problemen rijzen bij het bewijs dat een huwelijk is aangegaan. De wet van de plaats van huwelijksluiting geeft aan welke bewijsmiddelen kunnen worden aangewend<sup>318</sup>. De geldigheid van (huwelijks-)akten wordt meestal probleemloos erkend. Bij twijfel wordt het document gelegaliseerd door de consulaire of diplomatieke post in het land van huwelijksluiting<sup>319</sup>. We verwijzen terug naar de vaststelling dat dergelijke legalisaties evenwel niet steeds vlekkeloos verlopen. Meerdere rechters wezen het Ministerie er evenwel reeds op dat een weigering steeds moet worden gemotiveerd<sup>320</sup>.

#### *\* Het bewijs in toepassing van de lex fori*

**188.** Is de huwelijksakte verloren gegaan, vernietigd, kan een afschrift ervan wegens overmacht niet worden voorgelegd of hebben nooit registers bestaan, dan kan het bewijs naar Belgisch recht met alle middelen van recht worden gele-

---

mille et à la coopération judiciaire", *R.C.D.I.P.* 1984, 59.

<sup>316</sup> Zie o.m. art. 6 Nederlandse W.C.H.

<sup>317</sup> Zie in die zin o.m. Rb. Brussel 31 december 1852, *B.J.* 1854, 1543; Brussel 26 juni 1853, *Pas.* 1854, II, 59. Hierover: J. SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Brussel, Bruylant, 1994, 530.

<sup>318</sup> Art. 47 B.W. Voor Frankrijk: art. 47 C.C.; Cass fr. 15 oktober 1958, *J.D.I.* 1958, 466; Cass. fr. 24 februari 1959, *R.C.D.I.P.* 1959, 368, noot Y.L. (*in casu* werd als bewijs van een religieus joods huwelijk een akte aangenomen die uitging van een rabbijn en steunde op de verklaring van twee getuigen); Cass. fr. 8 januari 1976, *Bul. Civ.*, V, nr. 11; Cass. fr. 25 november 1981, *R.C.D.I.P.* 1982, 701, noot B. ANCEL.

<sup>319</sup> F. JAULT-SESEKE (1993), 99.

<sup>320</sup> Cf. *supra*, randnrs 27 en 128, over o.m. Brussel 9 september 1998, *T. Vreemd.* 1998, 193. Zie ook Kort Ged. Luik 24 september 1997, *T. Vreemd.* 1998, 63, m.b.t. de legalisering van een geboorteakte.

verd<sup>321</sup>. In dat geval lijkt m.a.w. alternatief te kunnen worden aangeknoopt bij de *lex loci* of de *lex fori*<sup>322</sup>. Een vermoeden<sup>323</sup>, akte van bekendheid<sup>324</sup> of getuigenis kan volstaan<sup>325</sup>. Een bewijs van bezit van staat eveneens<sup>326</sup>. We leiden uit art. 46 B.W. evenwel af dat de betrokkene daartoe hetzij een verklaring van de Staat van huwelijkssluiting moet voorleggen dat er geen registers hebben bestaan of dat ze verloren zijn, hetzij moet aantonen dat hij in de onmogelijkheid is om een afschrift te verkrijgen, bv. wegens zijn hoedanigheid als vluchteling.

Is het onmogelijk om een afschrift van de huwelijksakte of een vervangende akte te verkrijgen van de autoriteiten van de Staat van huwelijkssluiting, dan kan o.i. een beroep worden gedaan op de procedure van art. 46 B.W., waarbij de Belgische rechter een vervangende huwelijksakte aflevert.

We gaan hier nader op in.

### **\* De vervangbaarheid van de verloren huwelijksakte**

#### **- Een vervanging door de autoriteiten van het land van huwelijkssluiting**

**189.** De bevoegde buitenlandse autoriteiten van het land van huwelijksvoltrekking kunnen het verloren document vervangen, indien de toepasselijke buiten-

<sup>321</sup> Art. 46 B.W. Zie ook art. 46 Franse C.C. Art. 194 Belgisch B.W. bepaalt dat de gevallen genoemd in art. 46 B.W. de enige uitzondering vormen op de regel dat niemand aanspraak kan maken op de hoedanigheid van echtgenoot en op de burgerlijke gevolgen van het huwelijk, indien hij niet een in het register van de burgerlijke stand overgeschreven akte van huwelijksvoltrekking overlegt.

<sup>322</sup> Zie ook Cass. fr. 25 november 1981, *R.C.D.I.P.* 1982, 701, noot B. ANCEL; J.M. BISCHOFF, *I.c.*, nr. 148 e.v., nr. 152 i.h.b., met verwijzing naar G. HOLLEAUX, noot onder Cass. fr. 12 februari 1963, *D.* 1963, 325; P. LAGARDE, noot onder Cass. fr. 12 februari 1963, *R.C.D.I.P.* 1964, 121; P. MALAURIE, noot onder Cass. fr. 24 februari 1959, *D.* 1959, 485; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, o.c., nr. 297; J. MESTRE, "Mariage. Introduction générale. Conditions de fond", *J.-Cl. Dr. int.*, fasc. 546-A, nr. 138.

<sup>323</sup> A. BORNER, "Form und Beweis der Eheschliessung nach marokkanischen Recht", (noot onder OLG Düsseldorf 12 augustus 1992, *StAZ.* 1993, 389: huwelijk geldig bevonden in toepassing van Duits I.P.R. De vrouw kon nochtans geen huwelijksakte voorleggen. De Marokkaanse familiwet eist evenwel slechts persoonlijke aanwezigheid voor twee *adouls*. Het Marokkaanse bewijsrecht laat een bewijs met alle middelen toe. De echtscheiding was nog niet uitgesproken. deze materie leunt nauw aan bij het leerstuk van het gewoonterechtelijk huwelijk (cf. *infra*, randnrs 217 e.v.).

<sup>324</sup> Evenwel: M. FALLON, "Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-87)", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 206: de Belgische autoriteiten gaan steeds de authenticiteit van de documenten na. FALLON gaat daarmee in tegen Rb. Brussel 30 april 1986, *J.T.* 1986, 272, waarbij de rechter stelde dat het aan de buitenlandse autoriteiten toekomt om hun verantwoordelijkheid op te nemen en slechts geldige documenten te viseren (m.b.t. een origineel in het Arabisch en beëdigde vertaling, gevisieerd door het Marokkaanse consulaat). Cf. *supra*, randnrs 26 e.v.

<sup>325</sup> R. DE QUENAUDON, *I.c.*, in B. GOLDMAN (ed.), *Juris-classeur de droit international*, Paris, Editions techniques, 1988, Fasc. 544, nr. 144. Zie o.m. Cass. fr. 14 november 1922, *J.D.I.* 1923, 304; Cass. fr. 24 februari 1959, *R.C.D.I.P.* 1959, 368, noot Y.L. (*in casu* was een akte uitgaande van een rabbijn voorgelegd, die, gesteund op de verklaring van twee getuigen, verklaarde dat een religieus joods huwelijk was aangegaan).

<sup>326</sup> Bv. bij een Amerikaans (New Yorks) huwelijk *solo consensu*: Paris 10 juni 1873, *J.D.I.* 1874, 243.

landse wet in die mogelijkheid heeft voorzien.

**190.** Autoriteiten van derde landen zijn volgens de meeste auteurs ter zake niet bevoegd, ook niet t.a.v. eigen onderdanen<sup>327</sup>. Is het huwelijk in het buitenland voltrokken, dan moet de huwelijksakte aldaar door de bevoegde instantie worden opgesteld of later worden vervangen. Het is evenwel denkbaar dat, zoals we zo net aangaven, de wetgeving van die Staat zijn autoriteiten daar geen bevoegdheid toe verleent of dat in die Staat een strenger bewijsrecht geldt dan in België en dat ten gevolge daarvan geen vervangende akte wordt afgeleverd, terwijl in België mogelijk wél zou worden aangenomen dat een huwelijk bestaat.

In het laatste geval zou de afgifte in België van een vervangende huwelijksakte weliswaar mogelijk tot gevolg hebben dat een hinkend huwelijk ontstaat. De Staat van huwelijksvoltrekking zou mogelijk weigeren om de Belgische vervangende akte te erkennen. Minstens t.a.v. vreemdelingen met een stabiele verblijfspositie en t.a.v. vreemdelingen die voorheen reeds voor de toepassing van Belgisch recht hebben geopteerd, is het o.i. evenwel aangewezen om een huwelijk dat naar Belgisch recht bewezen en geldig wordt bevonden, te erkennen. De betrokkenen hebben het centrum van hun belangen m.n. in België gesitueerd. De bescherming van hun huwelijk primeert op de doelstelling om hinkende rechtssituaties te vermijden.

Om die reden staan we nader stil bij de hypothesen waarin een vervanging van de huwelijksakte in een derde Staat o.i. mogelijk is.

#### **- Een vervanging door de autoriteiten van een derde land**

**191.** We vonden slechts bij enkele Franse auteurs steun voor onze opvatting dat ook bepaalde autoriteiten van een derde land, meer bepaald een rechter, de huwelijksakte kan vervangen<sup>328</sup>.

**192.** Ze steunen zich hiertoe op de stelling dat de vervanging van een verloren gegane akte of de eerste opstelling van een (louter declaratieve) huwelijksakte geen inhoudelijke beoordeling inzake burgerlijke staat vormt, maar een loutere vaststelling van een materieel feit. Dergelijke loutere bevestiging kan toekomen aan de rechter van een andere Staat, zeker als de verzoeker de nationaliteit van die Staat heeft of er gewoonlijk verblijft en er m.a.w. voldoende reden is om bevoegdheid in hoofde van de rechter aan te nemen.

**193.** QUENAUDON stelt zich evenwel de vraag of een vervangende huwelijks-

<sup>327</sup> Zie in deze zin o.m. R. DE QUENAUDON, *l.c.*, in B. GOLDMAN (ed.), *Juris-classeur de droit international*, Paris, Editions techniques, 1988, Fasc. 544, nr. 138, met verwijzing naar: P. MAYER (1994), nr. 324; J. NIBOYET, noot onder Nancy 26 oktober 1943, *R.C.D.I.P.* 1947, 97; P. FRANCESCAKIS, noot onder Montpellier 26 oktober 1955, *R.C.D.I.P.* 1956, 487.

<sup>328</sup> A. HUET, noot onder T.G.I. Paris 1 oktober 1976, *R.C.D.I.P.* 1977, 537. R. DE QUENAUDON, *l.c.*, nr. 147, en verwijzingen naar MAURY en BISCHOFF. Zie in deze zin m.b.t. de aflevering van een geboorteakte: Paris 24 februari 1977, *R.C.D.I.P.* 1978, 516, noot A. HUET.

akte überhaupt in enig geval kan worden afgeleverd<sup>329</sup>.

De betrokkene dient steeds vooreerst bij de autoriteit die de huwelijksakte heeft opgesteld om een vervangende akte te verzoeken. De enige hypothese die volgens QUENAUDON alsnog een toepassing van art. 46 B.W. toelaat, is dat de betrokkene is vergeten waar het feit zich heeft voorgedaan dat door de akte wordt vastgesteld en daardoor niet weet welke autoriteiten hij kan aanspreken. I.t.t. de hypothese van een geboorte of overlijden, kan dergelijke vergetelheid bezwaarlijk worden aangenomen als het erom gaat een huwelijk vast te stellen.

We gaven hierboven evenwel aan dat er hypothesen denkbaar zijn waarin contact met deze autoriteiten onmogelijk of vruchteloos is. Het aantal toepassingsgevallen van art. 46 B.W. ligt weliswaar lager voor het bewijs van een huwelijk dan voor het bewijs van een geboorte, maar de regeling is ook in dit verband relevant.

**194.** Er kunnen praktische bezwaren rijzen tegen een toepassing van art. 46 B.W. Het bewijs van een huwelijk ligt anders dan dat van een geboorte. Een geboorte heeft zich hoedanook voorgedaan. De vraag is slechts waar en wanneer. De verschijning van de belanghebbende laat min of meer een schatting van het ogenblik van de geboorte toe. De rechter is niet volledig overgeleverd aan de getuigenissen die hem worden voorgebracht. Is er evenwel geen huwelijksakte, noch enige andere openbare akte die het bestaan van een huwelijk vermeldt, dan kan het bestaan van een huwelijksluiting geenszins materieel worden bewezen.

De vrees zou kunnen ontstaan dat art. 46 B.W. samenwonenden de kans biedt om zich zonder meer voor gehuwd uit te geven.

De regeling van art. 46 B.W. bestaat er evenwel in dat een getuigenis wordt aangenomen zodra er geen twijfel is dat de getuige van de huwelijksvoltrekking zelf op de hoogte was. Het is m.a.w. niet voldoende dat de getuige verklaart dat hij de betrokkenen steeds of minstens vanaf een bepaald ogenblik als man en vrouw heeft gekend. Hij moet tevens verklaren rechtstreeks op de hoogte te zijn geweest van de huwelijksluiting, ten tijde daarvan.

De genoemde bezwaren wegen overigens niet op tegen het belang om een vervangende huwelijksakte toe te staan, zodra een overtuigend bewijs van de huwelijksluiting wordt geleverd.

**195.** Wél menen we dat een getuigenis bij voorkeur slechts uitzonderlijk als voldoende bewijs wordt aangenomen, na bewijs dat een tussenkomst van de Staat van huwelijksluiting niet mogelijk was.

**196.** Er zijn nog meer argumenten voor een toepassing van art. 46 B.W. denkbaar.

---

<sup>329</sup> R. DE QUENAUDON, *l.c.*, nr. 149.



In het licht van de openbare orde is rechtszekerheid vereist. Ook om die reden is het o.i. gerechtvaardigd dat de *lex fori* zich in de plaats stelt van de *lex loci*, mocht die geen oplossing bieden<sup>330</sup>.

Bovendien is reeds een andere internrechtelijke regeling tot afgifte van een vervangende akte uitgebreid naar vreemdelingen: die van de akte van bekendheid. Ook deze 'vervangende' akte kan worden afgeleverd, ook al voorziet de persoonlijke wet van de betrokkene niet in deze mogelijkheid.

We vinden tevens steun in de wetgeving van bepaalde buurstaten. Art. 194 Franse C.C. en art. 78 N.B.W. verwijzen alvast naar de mogelijkheid om een vervangende huwelijksakte af te leveren na vereenvoudigd bewijs<sup>331</sup>.

**197.** Het is evenwel aangewezen om voldoende waakzaamheid aan de dag te leggen, om misbruik te voorkomen. De grensoverschrijdende rechtssituatie bemoeilijkt een inhoudelijke controle. Hierdoor ontstaat een verhoogd risico op misbruik van de procedure van art. 46 B.W., zoals dat ook het geval is m.b.t. de akte van bekendheid.

**198.** Om die reden stelden we hierboven, zoals we ook voorheen reeds deden m.b.t. de vervanging van de geboorteakte, voor dat steeds eerst alle andere mogelijkheden worden uitgeput<sup>332</sup>. Is evenwel geen medewerking mogelijk van de autoriteiten (binnenlands of via de diplomatieke posten) van de Staat van huwelijksvoltrekking, dan komt het aan de Belgische rechter toe om te oordelen of een overtuigend bewijs van de beweerde staat wordt geleverd.

**\* Het bewijs van een huwelijk als nooit een huwelijksakte is opgesteld (het zogenaamd vormloze huwelijk)**

**199.** Buitenlandse zogenaamd vormloze huwelijken kunnen in België worden erkend<sup>333</sup>. Hoe wordt het bestaan van dergelijk huwelijk evenwel bewezen?

**200.** Art. 46 B.W. laat toe dat een vervangende huwelijksakte wordt opgesteld in geval er nooit een huwelijksakte is geweest. De reden daarvoor kan zijn dat een huwelijk in de Staat van huwelijksluiting *solo consensu* kan worden aangegaan.

Voorbeelden van dergelijke huwelijken zijn het Amerikaanse 'marriage by cohabitation and reputation' en het Ierse 'marriage by habit and repute'<sup>334</sup>. Voortge-

<sup>330</sup> In die zin: J. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1950, VI, I, nr. 1589 en 1604.

<sup>331</sup> Art. 197 Franse C.C. en art. 80 N.B.W. nemen overigens aan dat t.b.v. de kinderen die uit het huwelijk zijn geboren een bewijs van bezit van staat kan volstaan.

<sup>332</sup> Cf. *supra*, randnrs 33, 44 e.v., 51 e.v., 64 e.v. en 75 (zie ook ons voorstel om, waar mogelijk, een D.N.A-test verplicht te stellen: randnrs 66, 70 en 252).

<sup>333</sup> Cf. *infra*, meer hierover.

<sup>334</sup> Hierover: M. COESTER en D. WALTJEN (1997), 98.

zette samenwoning in samenhang met bezit van staat van echtgenoten volstaat naar het recht van deze Staten als bewijs dat een huwelijks toestemming is verleend<sup>335</sup>.

Hetzelfde geldt voor het huwelijk *solo consensu* dat kan worden aangegaan in meerdere moslimstaten<sup>336</sup>.

**201.** Het bewijs van een zogenaamd vormloos huwelijk is evenwel niet eenvoudig te leveren. Er zal minder gemakkelijk dan bij schriftelijk bewijs van het huwelijk worden aangenomen dat de betrokkene bezit van staat van gehuwde heeft<sup>337</sup>.

**202.** De meest praktische aanpak bestaat erin een huwelijksattest op te vragen bij het consulaat van de Staat van huwelijksvoltrekking in België. Dat attest volstaat als bewijs van huwelijk<sup>338</sup>. We verwijzen naar de bespreking hierboven van de bewijskracht van authentieke en quasi-publieke akten<sup>339</sup>.

**\* De aflevering door het CGVS van een huwelijksbewijs aan vluchtelingen en staatlozen**

**203.** We stonden hierboven reeds stil bij de certificaten houdende akte van de burgerlijke stand die worden afgegeven door de nationale diensten die bevoegd zijn voor vluchtelingen (zoals voor België het C.G.V.S.)<sup>340</sup>.

We herhalen onze opvatting dat deze akten de huwelijksakte kunnen vervangen,

<sup>335</sup> De laatste ons bekende uitspraak die in die zin heeft plaatsgevonden is Tb. Seine 3 maart 1927, *J.D.I.* 1927, 1040. Voor eerdere vonnissen in dezelfde zin: A. HUET, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Paris, Dalloz, 1965, nr. 208. Hierover ook: R. DE QUENAUDON, *l.c.*, nr. 150; H. BATIFFOL, *Traité de droit international privé*, o.c., nr. 438. Zie evenwel *contra*: art. 428 Instruction générale d'état civil van 21 september 1955: "le mariage contracté sans l'intervention d'aucune autorité pourrait être déclaré inexistant ou nul en France, alors même qu'une telle forme d'union serait usitée dans le pays considéré"; Paris 20 november 1928, *D.* 19129, 24; J. NIBOYET, o.c., VI, nr. 1589.

<sup>336</sup> Aangenomen op loutere grond van een getuigenbewijs door Tb. Seine 9 maart 1931, *R.C.D.I.P.* 1932, 134. Voor vroegere rechtspraak in die zin, door meerdere Hoven: A. HUET, o.c., noten 288 en 289.

<sup>337</sup> A. HUET, o.c., 255.

<sup>338</sup> Rb. Brussel 30 april 1986, *T. Vreemd.* 1986, afl. 39, 32: een huwelijksattest afgeleverd door de Marokkaanse autoriteiten en behoorlijk vertaald en gelegaliseerd, is voldoende bewijs van het bestaan van een huwelijk, in Marokko tussen Marokkanen gesloten. Volgens het Marokkaans recht wordt door het ontbreken van een huwelijksakte het rechtsgeldig bestaan van een huwelijk niet in het gedrang gebracht en mag het huwelijk door alle middelen van het recht worden bewezen. Zie ook R.v.St. 4 maart 1993, nr. 42.149, arrest-Crocker, *Arr.R.v.St.* 1993, m.b.t. de erkenning van een Australisch *de facto*-huwelijk op verklaring van het consulaat dat het huwelijk geldig was. Zie daarentegen de weigering van gezinshereniging wegens ontstentenis van bewijs van geldig huwelijk, in het geval waarin een *cadi* (Marokkaanse rechter) had verklaard dat een Marokkaans huwelijk geldig was: R.v.St., arrest-El Boussaati, 2 maart 1984, nr. 24.049, *Arr. R.v.St.* 1984, 361.

<sup>339</sup> Cf. *supra*, randnrs 31 e.v.

<sup>340</sup> Zie ook m.b.t. een huwelijkscertificaat, afgeleverd door de Franse Office des Réfugiés et des Apatrides (O.F.R.A.): TGT Chateauroux 8 augustus 1984, *G.P.* 1984, 2, 630.

maar dat slechts doen tot bewijs van het tegendeel. Het is o.i. aangewezen om over te gaan tot afgifte van een akte met de waarde van een akte van de burgerlijke stand. Het belang van de vluchteling bij een optimale bescherming van zijn rechtspositie, primeert o.i. op de doelstelling om de betwistbaarheid van fraude te vereenvoudigen, zolang dergelijke betwisting mogelijk blijft.

## **C.2. DE ERKENNING VAN HET LOUTER RELIGIEUZE HUWELIJK DAT RECHTSGELDIG IS AANGEGAAN NAAR BUITENLANDS RECHT**

### **C.2.A. BUITENLANDS RECHT EN HET LOUTER RELIGIEUZE HUWELIJK**

**204.** Sinds 1982 zijn er op het Europese vasteland geen rechtsordes meer die een religieuze huwelijksviering *vereisen*<sup>341</sup>. Wel bieden meerdere Staten, m.n. Denemarken, Griekenland, Noorwegen<sup>342</sup>, Portugal (voorbehouden aan katholieken<sup>343</sup>), Spanje, Zweden, en Tsjechoslovakije<sup>344</sup>, hun onderdanen en eenieder die er een huwelijk wil aangaan de optie om louter religieus te huwen<sup>345</sup>. Een burgerrechtelijke registratie vindt dan steeds achteraf plaats. Bij de religieuze huwelijksluiting moeten de burgerlijke huwelijksvereisten vervuld zijn<sup>346</sup>.

**205.** Het Italiaanse katholieke concordaatshuwelijk onderscheidt zich weliswaar van het strikt burgerlijke huwelijk, maar gaat niettemin gepaard met een voorlezing van de bepalingen van het burgerlijk wetboek en een burgerlijke registratie van het huwelijk<sup>347</sup>.

**206.** We menen dat alle genoemde huwelijksvormen kunnen worden vergeleken met de huwelijksvorm die o.m. het Marokkaanse consulaat in België toepast: een gelijktijdige burgerlijke en religieuze huwelijksluiting<sup>348</sup>.

**207.** Buiten Europa voorzien o.m. Brazilië, Canada, de V.S., Haïti, de Filipijnen, Indië<sup>349</sup> en Panama<sup>350</sup> in een keuzemogelijkheid tussen een religieus en een

<sup>341</sup> In Spanje afgeschaft met de wet van 7 juli 1981 (voormalig art. 42 C.C.). Ook orthodoxe Grieken kenden het verplichte religieuze huwelijk ingevolge art. 1367 C.C., tot de wet van 5 april 1982.

<sup>342</sup> F. BOULANGER (1993), 180.

<sup>343</sup> I.E.C.L, National reports, "P", 1996, 193.

<sup>344</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 20: Tsjechoslovakije heeft het religieuze huwelijk toegestaan sinds 1992 (wet nr. 234). In Polen is het eveneens toegestaan onder art. 10 van het Concordaat met het Vaticaan. Het wordt evenwel niet wettelijk erkend, ingevolge rechtspraak van het hoogste Hof.

<sup>345</sup> In Nederland zijn voorstellen in die zin gerezen, maar inmiddels afgewezen: Staatssecretaris van Justitie november 2001, TK 2001-2002, 28.078, nr. 1, 6-8, nr. 2, 5 (aangeh. in N.J.B. 2002, 1897).

<sup>346</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 78.

<sup>347</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 77.

<sup>348</sup> Hierover o.m. V. VAN DEN EECKHOUT, (doct. K.U. Leuven), 196, die op scherpzinnige wijze aanhaalt dat art. 21 G.W. daarmee niet wordt geschonden, aangezien niet een religieus huwelijk wordt aangegaan voorafgaandelijk aan het burgerlijk huwelijk, maar beide vieringen gelijktijdig plaatsvinden.

<sup>349</sup> In die zin: Rb. Alkmaar 25 november 1982, N.I.P.R. 1983, 172.

<sup>350</sup> I.E.C.L, National reports, "P", 1996, 21.

burgerlijk huwelijk<sup>351</sup>.

In Peru kan de burgemeester zijn bevoegdheid om het huwelijk te voltrekken, delegeren aan een priester en kan een priester van rechtswege een huwelijk *in extremis* voltrekken. Het huwelijk moet steeds burgerlijk worden geregistreerd<sup>352</sup>.

**208.** Met het oog op internationale beslissingsharmonie draagt een gelijktijdige burgerlijke en religieuze huwelijksluiting onze voorkeur weg<sup>353</sup>.

In België moet een huwelijk steeds eerst burgerlijk worden aangegaan, ook al is dat consulair. De huwelijkswet van bepaalde andere Staten vereist, zoals we hierboven illustreerden, eerst een religieuze viering, ongeacht de plaats van huwelijksluiting.

Dergelijke gecombineerde rechtshandeling is in België slechts mogelijk op het consulaat<sup>354</sup>.

Het belang van een consulair huwelijk mag in dit verband niet worden onderschat, en wel om volgende reden: twee verschillende huwelijksluitingen bieden geen oplossing aan het probleem van een hinkend huwelijk. Het huwelijk zal in dat geval minstens gedurende zekere tijd hinken. Tussen de twee huwelijksluitingen zit immers altijd een zekere tijd, mogelijk een lange periode. Hoe langer die termijn, hoe groter het risico dat zich daarbinnen bepaalde rechtsgevolgen van het huwelijk of relevante rechtsfeiten hebben voorgedaan, die in de ene Staat wél en in de andere niet zullen worden erkend, naargelang het eerste huwelijk er al dan niet geldig worden bevonden. België zal het huwelijk immers erkennen vanaf de burgerlijke viering; het land van herkomst soms pas vanaf de latere religieuze viering.

**209.** Meerdere van de genoemde Staten voorzien in hun I.P.R.-regeling in de mogelijkheid om religieuze huwelijken te erkennen, ook al zijn deze aangegaan

<sup>351</sup> F. BOULANGER (1993), 180.

<sup>352</sup> I.E.C.L., National reports, "P", 1996, 117.

<sup>353</sup> Dit geldt eveneens in Staten die voorheen het vormloze huwelijk kenden en voortaan vereisen dat dergelijk huwelijk wordt geregistreerd. Dat laatste wordt vaak nagelaten, bv. door Japanners die louter privaat zijn gehuwd (*Naien*-huwelijk). In beginsel dienen ze vervolgens in een tweede stap per brief, getekend door twee getuigen, de burgemeester te verzoeken om een registratie van het huwelijk. Doen ze dat niet, dan heeft de rechtbank het bij het mislukken van een dergelijk 'huwelijk' vaak moeilijk om een eerlijke geldelijke regeling uit te werken. Deze ervaring toont volgens S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 80, aan dat een verplicht voorafgaand burgerlijk huwelijk interessanter is.

<sup>354</sup> Voor zover dat overigens voor alle vreemdelingen mogelijk is: W.C. SUPRIADI, *Het Nederlands en Indonesisch huwelijksrecht. Een historisch rechtsvergelijkend onderzoek naar het Nederlandse en het Indonesische huwelijk in de periode van 1945 tot heden*, Rotterdam, Labyrint Publication, 1991, 130: de burgerlijke registratie van het huwelijk gebeurt voor islamieten gelijktijdig met de (verplichte) religieuze viering, aangezien de cadi tevens ambtenaar van het ministerie van godsdienstzaken is. Christenen, hindoes en Boeddhisten daarentegen moeten zich speciaal tot de ambtenaar van de burgerlijke stand wenden. Voor het Marokkaanse recht is deze consulaire dubbele huwelijksluiting geregeld door art. 5 Dahir 6 maart 1960. Hierover: MOULAY R'CHID, "Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 158.

in overtreding van de *lex loci celebrationis*<sup>355</sup>.

**210.** Andere Staten die slechts het religieuze huwelijk kennen, o.m. Jordanië en Algerije, stellen zich tevens soepel op, door niet te vereisen dat het huwelijk in het buitenland religieus wordt aangegaan. Ze voorzien in een alternatieve aanknoping bij hetzij de *lex loci*, hetzij de *lex patriae*, ook t.b.v. vreemdelingen<sup>356</sup>.

**211.** In o.m. Egypte, Libanon<sup>357</sup> en Israel is niet voorzien in een burgerlijke huwelijksvorm. Vreemdelingen genieten er niet de mogelijkheid om burgerlijk te huwen. Het is niet duidelijk of de betrokken rechtsordes instemmen met een consulaire huwelijk op eigen bodem<sup>358</sup>. Ook het I.P.R. van deze Staten laat evenwel de erkenning toe van buitenlandse burgerlijke huwelijken<sup>359</sup>.

### C.2.B. DE SOEPELE ERKENNING VAN EEN BUITENLANDS RELIGIEUS HUWELIJK

**212.** Alle ons bekende Belgische uitspraken m.b.t. buitenlandse religieuze huwelijken vonden plaats na voorlegging van een authentieke huwelijksakte<sup>360</sup>. In geen van deze gevallen stelde zich m.a.w. een bewijsprobleem.

**213.** Wél zijn ons meerdere *buitenlandse* arresten bekend waarbij de bewijsproblematiek aan de orde was. Telkens werd daarbij soepel omgegaan met de bewijslast. Zoals we reeds aangaven kan een soepelere bewijstechniek van de *lex fori* worden aangewend. Buitenlandse bepalingen in dezelfde zin als art. 46 B.W. laten toe dat een vernietigde of verloren akte wordt vervangen door een louter certificaat, uitgaande van een bekleder van de betreffende religie<sup>361</sup>, of ruimer, ongeacht de reden waarom een gewaarmerkt afschrift van de huwelijksakte ontbreekt, door een eenvoudige kopie<sup>362</sup>.

**214.** Het belang van voldoende soepelheid ter zake moet evenwel worden afgewogen tegen het belang van overtuigend bewijs. Een al té soepele aanvaar-

<sup>355</sup> O.m. de Italiaanse (verwijzing naar cassatierechtspraak in L. PALSSON (1978), 243-244), Griekse (art. 131 wet van 5 april 1982), Spaanse (art. 49 en 50 familiewet), en Portugese (art. 1587 C.C) wet.

<sup>356</sup> Art. 13 Jordaans B.W.; art. 19 Algerijns B.W.

<sup>357</sup> Verbod van burgerlijk huwelijk bij wet van 2 april 1951. Hierover BERGMANN en FERID, o.c., "Libanon", 8.

<sup>358</sup> Zie bv. de voorzichtige wijze waarop BERGMANN en FERID, l.c., zich over deze vraag uitlaten.

<sup>359</sup> BERGMANN en FERID, l.c., "Libanon", 8 en "Israel", 40.

<sup>360</sup> Rb. Brussel 30 juni 1972, J.T. 1973, 143, noot N. WATTE (m.b.t. twee Belgen); Rb. Brussel 16 december 1967, J.T. 1970, 68 (m.b.t. twee Belgen); Rb. Brussel 25 mei 1968, Pas. 1969, III, 35 (religieus huwelijk naar Oostenrijks recht).

<sup>361</sup> Cass. fr. 24 februari 1959, D. 1959, 485, noot P. MALAURIE (certificaat van een rabbijn); Cass. fr. 12 februari 1963, D. 1963, 325, noot G. HOLLEAUX (kerkelijk certificaat voor orthodoxe Turken); Cass. fr. 13 november 1980, D. 1982, T.R. 74, noot B. AUDIT (certificaat van de Armeense prelatuur van Libanon).

<sup>362</sup> Rb. Alkmaar 25 november 1982, N.I.P.R. 1983, 172: in het kader van een echtscheidingsprocedure tussen een Egyptische man en een Duitse vrouw wordt de geldigheid aangenomen van hun moslimhuwelijk dat is aangegaan in India, ook al wordt als bewijs daarvan slechts een niet gewaarmerkte kopie van de huwelijksakte voorgelegd.

ding van buitenlandse huwelijksvormen, zonder dat daar een overtuigend bewijs van de echtheid van het huwelijk tegenover staat, verzwaart de taak van de partijen én van de rechter bij het leveren resp. beoordelen van het aangebrachte bewijsmateriaal<sup>363</sup>. Zoals we reeds aangaven leveren getuigenissen niet het meest overtuigende bewijs. Een schriftelijk bewijs, desgevallend gelegaliseerd, verdient de voorkeur.

De Belgische Raad van State oordeelde n.a.v. een verzoek tot herziening o.i. terecht dat geen rekening kon worden gehouden met een laattijdige opwerping van het bestaan van een religieus-gewoonterechtelijk huwelijk, nu daarvan geen overtuigend bewijs werd geleverd en het bestaan ervan voorheen, in het kader van het asielverzoek, niet was opgeworpen<sup>364</sup>. M.b.t. een burgerlijk huwelijk heeft de Raad daarentegen in 2000 geoordeeld dat het niet aan de betrokkene toekomt om het bestaan ervan op te werpen, indien voldoende tekenen op een huwelijk wijzen<sup>365</sup>. De Raad vernietigde *in casu* de weigering tot regularisatie van het verblijf van een Togolees die nooit aanspraak had gemaakt op verblijf op grond van zijn huwelijk met een EU-vreemdeling. De overheid, die van het huwelijk op de hoogte was, had volgens de Raad van State rekening moeten houden met het bestaan ervan. De Togolees had het huwelijk ook bij zijn verzoek tot regularisatie nochtans niet ingeroepen. Niettemin had de overheid volgens de Raad uit eigen beweging moeten nagaan of de inbreuk op art. 8 E.V.R.M. gerechtvaardigd was, en had ze de Togolees in de mogelijkheid moeten stellen om het nodige visum te bekomen, conform art. 3 van de richtlijnen 68/360 en 73/148.

**215.** Uit bepaalde rechtspraak blijkt overigens dat de vreemdeling zelf niet steeds op de hoogte is van de inhoud van zijn eigen personele recht, o.m. van de huwelijksvorm die zijn *lex patriae* vereist. De Nederlandse Raad van State heeft reeds meermaal wegens ontstentenis van enige verblijfsgrond het verblijf geweigerd aan een vreemdeling die voorheen in Nederland had verbleven op grond van gezinsleven met zijn ouders, was gaan huwen in het land van herkomst, daarbij een vormvereiste had overtreden waardoor het huwelijk noch daar, noch in zijn land van verblijf erkend kon worden en vervolgens, na lange afwezigheid en na de geboorte van een kind, wenste terug te keren<sup>366</sup>. Het ging keer op keer

<sup>363</sup> H. BATIFFOL en P. LAGARDE, o.c., II, nr. 425; J.Y. CARLIER en F. RIGAUX (1992), 315: zo goed als alle I.P.R.-codexen (o.m. art. § 13 (3) E.G.B.G.B.) en rechtspraak op het Europese vasteland verlenen de *lex loci* exclusieve bevoegdheid; M.-CL. FOLETS, "Quelques réflexions à propos de la régularisation rétroactive de mariages solo consensu", (noot onder Rb. Brussel 20 november 1990), *Rev. dr. étr.* 1990, 354, wijst op de moeilijkheid om een helder antwoord te geven op de waarde die kan worden toegekend aan getuigenbewijzen inzake betwistingen of vorderingen tot vaststelling inzake huwelijk.

<sup>364</sup> Zie bv. afwijzing door R.v.St. 81.683 van 6 juli 1999, [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be), van een middel dat betrekking had op een religieus-gewoonterechtelijk huwelijk van een afgewezen asielzoekster. Zij had het bewijs van dat huwelijk geenszins geleverd en had er bovendien tijdens haar asielaanvraag geen gewag van gemaakt (overweging 3.1.2. 4°).

<sup>365</sup> R.v.St. nr. 86.237 van 24 maart 2000, *Rev. dr. étr.* 2000, nr. 107, 45.

<sup>366</sup> R.v.St. Ndl. 6 juli 1982, R.V. 1983, 17; R.v.St. 19 februari 1981, R.V. 1981, 52, *aangeh.* in S. RUTTEN (1988), 163; R.v.St. 22 november, GV D7-5, *aangeh.* door S. RUTTEN (1988), 164; R.v.St. 25 april 1985, GV D7-9, *I.c.*: telkens m.b.t. Turkse onderdanen (de Turkse wet erkent het religieuze huwelijk niet: zie ook H.R. 22 januari 1985, *N.J.* 1985, 513).

om situaties waarbij de betrokkene een ongeldig religieus huwelijk was aangegaan.

De overheid steunde haar weigering op de vaststelling dat het gezinsleven met de ouders inmiddels door het vertrek en het ouderschap was verbroken.

De betrokkene kan in dat geval nog slechts hopen dat zijn gezinssituatie in het land van huwelijkssluiting wordt geregulariseerd<sup>367</sup>, zodat hij tenminste daar een juridisch erkend gezinsleven kan leiden, dat vaak de voorwaarde is voor een toelating tot het verblijf.

**216.** Bovenstaande rechtspraak geeft o.i. aan dat op vreemdelingen met een louter religieus huwelijk een zware bewijslast rust. Deze is o.i. evenwel gerechtvaardigd, gezien het belang van de rechtsgevolgen die aan het huwelijk worden verbonden en het ermee gepaard gaande risico op misbruik.

Een certificaat, in het land van herkomst of op het consulaat afgegeven door een naar de *lex patriae* daartoe bevoegd gestelde autoriteit, kan een voldoende bewijs vormen, tenzij er ernstige redenen bestaan om aan de authenticiteit van het document te twijfelen.

Voorts verwijzen we naar onze bevindingen m.b.t. de toepasbaarheid van art. 46 B.W., zoals hierboven besproken.

### **C.3. DE ERKENNING VAN HET HUWELIJK DAT IS AANGEGAAN IN EEN NAAR BELGISCH RECHT ONBEKENDE VORM, DIE RECHTSGELDIG IS NAAR BUITENLANDS RECHT**

#### **C.3.A. BUITENLANDS RECHT EN HET GEWOONTERECHTELIJKE HUWELIJK**

**\* *Het intern recht van bepaalde Staten laat een gewoonterechtelijk huwelijk toe***

**217.** Gewoonterechtelijke huwelijken komen nog ruim voor<sup>368</sup>. Meerdere Staten

<sup>367</sup>Zie bv. de Turkse amnestiewetten waarbij onwettig gehuwden (m.a.w. feitelijk samenwonenden) de mogelijkheid wordt geboden om door eenvoudige verklaring ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand hun huwelijk retroactief geldig te maken. Zie o.m. Rb. Hasselt 9 juni 1969, *J.T.* 1973, 42.

<sup>368</sup>Dergelijke huwelijksvorm is aanvaardbaar volgens L. PALSSON (1974), 231, mits de toestemming voldoende zeker is. Wanneer er evenwel geen registratie van het huwelijk gebeurde, is het moeilijk om te achterhalen of er geen polygamie in het geding is. Hierover o.m. E. AGOSTINI, "Heurs et malheurs du mariage religieux a l'Ile Maurice", in G. AUBIN (ed.), *Liber amicorum: études offertes a Pierre Jaubert*, Bordeaux, Presses Universitaires, 1992, 21-33; S. COLDHAM, "Customary marriage and the urban local courts in Zambia", *Journal of African Law* 1990, 67-75; M. GEC-KOROSSEC, "Consensual marriage dissolution according to the Yugoslav law with special accentuation to limitation of consent of the spouses and the function of the court and of the trusteeship authorities", *Yugoslav Law* 1984, 87-104; C.N. HIMONGA, "A reflection on the validity of the common law marriage in Zambia", *Zambia Law Journal* 1993, 1-10; M. NDULO, "Widows under Zambian customary law and the response of the courts", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1985, 90-10; S. OMBIONO, "Le mariage coutumier dans le droit camerounais", *Penant* 1989, 32-64; P. SHIFMAN, "State recognition of religious marriage: sym-

in de V.S.<sup>369</sup>, Australië<sup>370</sup>, meerdere Islamstaten en bepaalde Oosterse (o.m. de Filipijnen, Japan, Pakistan, Papua Nieuw Guinea, China)<sup>371</sup>, Latijns-Amerikaanse (o.m. Paraguay en Peru)<sup>372</sup> en Afrikaanse Staten (o.m. Kongo, Botswana, Malawi, Kenia)<sup>373</sup> passen het *common-law*-huwelijk nog steeds toe. Bolivia, Guatemala en Panama hebben de '*union libre*' en '*union de hecho*' wettelijk erkend<sup>374</sup>. In Turkije worden gewoonterechtelijke islamhuwelijken via am-

bols and content", *Israel Law Review* 1986, 501-528.

<sup>369</sup> Alabama, Colorado, Colombia, Idaho, Georgia, Iowa, Cansas, Montanta, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, South-Carolina en Texas: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 70. In sommige Staten volstaat de wederzijdse toestemming, in andere is geslachtelijke voltrekking of samenleving vereist en bezit van staat van huwelijk. Omwille van misbruik werd het vormloze huwelijk evenwel steeds minder erkend. Vandaag is het eerder een vermoeden van huwelijk geworden, dat kan worden gelegaliseerd.

<sup>370</sup> R.v.St. 4 maart 1993, *T. Vreemd*. 1994, 18 (m.b.t. Australisch recht).

<sup>371</sup> Naar Pakistaans recht wordt een samenleving buiten het huwelijk tussen twee personen tussen wie geen huwelijksbeletsel bestaat als een huwelijk beschouwd. De kinderen worden geacht huwelijkskinderen te zijn: *I.E.C.L.*, National reports, "P", 1996, 9; zie ook Papua Nieuw Guinea: *I.E.C.L.*, National reports, "P", 1996, 36. In China geldt een registratieplicht voor huwelijken en moeten beide partners in persoon verschijnen (art. 5 en 9 regeling inzake huwelijksregistratie van 1 februari 1994). Ongeregistreerde *de facto* huwelijken worden in de praktijk evenwel erkend als er bezit van staat is en er geen huwelijksbeletselen zijn. De regelgever streeft weliswaar registratie na, maar weigert bv. een huwelijk van één van beiden met een derde pas toe, als de betrokkene niet officieel uit de echt is gescheiden van zijn *de facto* echtgenoot: *I.E.C.L.*, National reports, "P", 1996, 82. Zie ook C.G.S. TAN, "The twilight of Chinese customary law relating to marriage in Malaysia", *International and Comparative Law Quarterly* 1993, 147-156.

<sup>372</sup> Paraguay (wet nr. 1/92, art. 83-94: na vier jaar samenwoning of zodra er een kind uit is geboren, is er sprake van een feitelijk huwelijk. Na tien jaar samenwoning kan het huwelijk door een gemeenschappelijke verklaring worden geregistreerd en wordt het een burgerlijk huwelijk. Registratie kan steeds na een eenzijdig verzoek. In dat geval oordeelt de rechter of al dan niet een toelating wordt verstrekt: *I.E.C.L.*, National reports, "P", 1996, 48). In Peru worden *de facto* huwelijken wettelijk erkend: *I.E.C.L.*, National reports, "P", 1996, 117.

<sup>373</sup> Resp. bevestigd in Kort ged. Luik 20 februari 1995, *T. Vreemd*. 1995, 165; C. KUYU MWISSA, "L'étranger face au droit français de la famille: l'exemple des Congolais d'Ile-de-France", *Revue de droit africain* 2001, 133 (vier van de honderd ondervraagde Kongolezen in Frankrijk waren een gewoonterechtelijk huwelijk aangegaan. 96 % meent dat een gewoonterechtelijk huwelijk primeert op het burgerlijk huwelijk); A. MOLOKOMME, "Disseminating family reforms: some lessons from Botswana", *Journal of legal pluralism* 1990-91, 303-329 (het gewoonterechtelijke en statutaire huwelijk bestaan in Botswana. Velen kiezen evenwel voor het statutair huwelijk dat duidelijkere rechten biedt); B. P. WANDA, "Customary family law in Malawi: adherence to tradition and adaptability to change", *Journal of legal pluralism* 1988, 117-134 (in Malawi bestaan twee soorten geldige gewoonterechtelijke huwelijken: '*chikamwini*' (huwelijk met de vereiste toestemming van een huwelijksvoogd ('*ankhoswe*')) en '*lobola*' (huwelijk zonder huwelijksvoogd, maar met bruidsgiftregeling ('*lobola*'))); M. ELOSEGUI, "Les droits de la femme kenyane: conflit entre le droit statuaire et le droit coutumier", *Rev. dr. afr.* 1999, nr. 11, 333 (gewoonterechtelijke huwelijken komen voor in Kenia); Sectie 160 Tanzaniaanse Law of Marriage Act van 1971 (wettelijk vermoeden in Tanzania dat een *de facto* huwelijk van meer dan twee jaar wettig is. Vanaf dat ogenblik kunnen vrouw en kind een onderhoudsuitkering vorderen voor de rechtbank. De wet regelt evenwel niet de gevolgen van het huwelijk. Een erkenning lijkt slechts mogelijk te zijn zodra de partners uit elkaar gaan en een soort van echtscheidingsregeling krijgen: B. RWEZAURA, *l.c.*, 176. Registratie van huwelijken wordt evenwel bepleit: B. RWEZAURA, *l.c.*, 188); J. KABEBERI-MACHARIA en C. NYAMU, *l.c.*, 201 (in Kenia schept samenwoning een *common-law*-vermoeden van huwelijk. Samenwoners die noch de wettelijke, noch de gewoonterechtelijke ceremonie willen, gaan een *affidavit* aan).

<sup>374</sup> D. HENRICH, "Kollisionsrechtliche probleme bei der auflösung eheähnlicher Gemeinschaften", in O. SANDROCK en G. BEITZKE (eds), *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag*, Berlin, De Gruyter, 1979, 507-511; P. SARCEVIC, "Zur Nichteelichen Lebensgemeinschaft



nestiewetten retroactief geldig verklaard<sup>375</sup>.

**218.** De islam stelt geen registratieverplichting voorop<sup>376</sup>. De meeste islamitische rechtsstelsels, waaronder de Marokkaanse, Egyptische, Jordaanse, Libanese, Syrische, Tunesische en Turkse<sup>377</sup> rechtsorde, doen dat wél<sup>378</sup>. Niettemin bepalen de meeste van deze rechtsordes niet dat een huwelijk *solo consensu* nietig is. Het bewijs van het huwelijk kan met alle middelen geleverd worden<sup>379</sup>.

Zo bv. vereist het Marokkaanse recht dat twee *adouls* (getuigen) de toestemming in een akte vastleggen. Bij gebreke kan de geldigheid van het huwelijk alsnog worden bewezen met alle middelen van recht (art. 5, 1° en 3° Mud.). Een geschreven bewijs is m.a.w. niet voorgeschreven op straffe van nietigheid<sup>380</sup>.

**219.** Voorheen was een zogenaamd vormloos huwelijk tevens mogelijk in de voormalige Sovjetunie<sup>381</sup>, Schotland en Engeland<sup>382</sup>.

**220.** Vandaag kennen binnen Europa o.m. Slovenië<sup>383</sup>, Bosnië-Herzegovina, Kroatië, Macedonië, Montenegro, Servië en Hongarije aan buitenhuwelijkse samenwoners het voordeel van bepaalde huwelijksgevolgen toe, vaak inzake eigendomsrecht, mits aangetoond is dat er geen huwelijksbeletselen bestaan. Deze regeling heeft evenwel meer weg van een gemeenrechtelijke regeling voor samenwoners, dan van een huwelijk. We gaan er dan ook niet nader op in.

**221.** In Engeland en de V.S. blijft het oude systeem met weinig vormvereisten

---

im internationalen Privatrecht", *Das Standesamt*, 1981, 179; G. LUTHER, "Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaften", *RabelsZ.* 1981, 261.

<sup>375</sup> Bv. amnestiewet van 18 september 1981; Cass. 26 juni 1967, *R.W.* 1967-68, 786, *Arr. Verbr.* 1967, I, 1299; Rb. Hasselt 9 juni 1969, *J.T.* 1973, 42.

<sup>376</sup> M. CHARFI, "Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité", *Rev. trim. dr. fam.* 1973, 11; A. MEBROUKINE, "Le droit international privé algérien de la famille", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 217; K. MEZIOU, "Pérennité de l'islam dans le droit tunisien de la famille", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 256.

<sup>377</sup> J.J. NASIR (1990)0, 28-31.

<sup>378</sup> N. ANDERSON, "Islamic family law", in M.A. GLENDON (ed.), *Persons and family, The family in religious and customary laws*, reeks *International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1983, nr. 124.

<sup>379</sup> Bv. art. 5 Marokkaanse Mud.

<sup>380</sup> Vred. Sint-Gillis 27 december 1983, *J.J.P.* 1985, 275.

<sup>381</sup> Tussen 1927 en 1944: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 74. Sinds een decreet van 8 juli 1944 worden enkel nog geregistreerde huwelijken erkend. Wel bleef legalisatie door registratie mogelijk van voormalige *de facto* huwelijken, mits het bewijs werd geleverd dat de partners nog steeds samenleefden: S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 17. Over de erkenbaarheid van deze Sovjethuwelijken in Duitsland: G. KEGEL en K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, München, C.H. Beck, 2000, 301.

<sup>382</sup> A. HEYVAERT (1982), 6. Het vormloze *common-law* huwelijk is afgeschaft in het V.K. Wel verwijzen I.P.R.-rechters er nog naar wanneer de partijen *in casu* niet officieel konden huwen, om toch van een huwelijk te spreken: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 70.

<sup>383</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 26: volledige gelijkstelling van een huwelijk en een buitenhuwelijkse tweerelatie m.b.t. de gevolgen (maar niet voor bv. de sociale zekerheid), mits er geen huwelijksbeletselen zijn en een langdurige samenleving wordt aangetoond.

behouden, omdat de officiële registratie van huwelijken er nog niet voldoende doorgedrongen is. In meerdere Afrikaanse en islamitische landen zijn weinig voorafgaande formaliteiten verplicht gesteld omdat de Staat zich niet tezeer wenst in te mengen in het huwelijk. De huwelijksvereisten worden door de families zelf bepaald, via onderhandelingen<sup>384</sup>.

**\* Bepaalde verdragsbepalingen laten een zogenaamd vormloze huwelijks-sluiting impliciet toe**

**222.** Het Verdrag inzake de huwelijks toestemming, de minimumleeftijd waarop een huwelijk mag worden aangegaan en de registratie van huwelijken<sup>385</sup> is er niet in geslaagd de *common law*-huwelijken definitief te verbannen.

**223.** Het Verdrag heeft weliswaar ter waarborging van de vrije toestemming de vormvoorwaarde van een verplichte huwelijksregistratie ingesteld. Deze registratie kan in uitzonderlijke omstandigheden vooraf gebeuren, maar wordt in dat geval aan een bijkomende controle onderworpen, m.n. de controle of de toestemming niet is herroepen. *Common law*-huwelijken zijn bijgevolg in beginsel voor de gebonden Verdragsstaten niet langer mogelijk.

**224.** Engeland en de VS hebben evenwel een impliciete reserve geformuleerd bij de mondelinge verklaring die hun toetreding tot het Verdrag begeleidde, in die zin dat een gebrek in het licht van de gestelde vereisten niet noodzakelijk de nietigheid van het huwelijk zou impliceren<sup>386</sup>.

Bovendien blijven ook huwelijken plaatsvinden die louter steunen op de officiële<sup>387</sup> of officiële<sup>388</sup> vaststelling van langdurige samenleving. De Verdragsstaten worden immers de vrije beoordeling gelaten van de criteria op grond waarvan ze tot een volwaardige toestemming besluiten. Op die manier boet het Verdrag aan kracht in. We gaven tevens reeds aan dat het Verdrag van New York in zijn geheel moeilijk afdwingbaar is, gezien de vage formulering van meerdere erin opgenomen fundamentele rechten. Ook werd aan geen enkele van de gestelde vereisten een sanctie gekoppeld<sup>389</sup>.

**225.** Het Verdrag van Den Haag van 12 juni 1902<sup>390</sup>, dat nog steeds van toepassing is op de oorspronkelijke Verdragsstaten die niet tot het Verdrag van

<sup>384</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER (1997), 109.

<sup>385</sup> New York, 10 december 1962 (*cf. supra*).

<sup>386</sup> E. SCHWELB, *I.c.*, 358. De V.S. vulden aan dat de ratificatie van het Verdrag een erkenning inhield, en niet een afwijking van de grondwettelijke rechten van de onderscheiden Staten van de V.S. om huwelijken te regelen binnen hun jurisdictie.

<sup>387</sup> E. SCHWELB, *I.c.*, 357.

<sup>388</sup> Bv. Turkije met de regulariserende wetten (*cf. infra*).

<sup>389</sup> *Cf. supra*, onze bespreking in hoofdstuk 2, randnr 115 e.v.

<sup>390</sup> Art. 22 Verdrag van 1978 heft voor de behandelde materie de toepassing van het Verdrag van 1902 voor de Verdragsstaten op. Het verdrag van 12 juni 1902, *B.S.* 10 juli 1904, werd op 1 juni 1919 overigens door België opgezegd en is nog slechts in werking in Duitsland, Hongarije, Italië, Portugal, Roemenië, Zweden en Zwitserland.

1978 zijn toegetreden, geeft in art. 5 weliswaar aan dat de *lex loci* zonder uitzondering de vormvereisten bepaalt en dat de *lex patriae* best wordt geëerbiedigd. Op dat laatste staat evenwel geen nietigheidssanctie. Wél geeft art. 5, derde lid met de stelling dat een authentiek afschrift van de huwelijksakte wordt toegezonden aan de autoriteiten van het land van herkomst van beide partners, uitdrukking aan de verwachting dat de huwelijksluiting gepaard gaat met een formaliteit.

Het Haagse Verdrag van 1964 bepaalt niets omtrent de huwelijksvorm. Art. 9 Verdrag van 1978 bepaalt dat elk huwelijk dat in overeenstemming met de vormvereisten van de *lex loci* is aangegaan, wordt erkend. Slechts een inbreuk op de openbare orde kan daartegen ingaan, zoals bepaald door art. 5 Verdrag. Art. 13 Verdrag laat immers slechts afwijkingen toe als die in het voordeel zijn van de huwelijkspartners. Art. 11 bepaalt nog dat een huwelijksverklaring afgegeven door de bevoegde autoriteit, een weerlegbaar vermoeden van geldigheid schept.

### **\* *Het ontwerp van I.P.R.-codex***

**226.** Art. 44 ontwerp van I.P.R.-codex lijkt de Staten een ruime vrijheid te laten. Het recht van de Staat van huwelijksvoltrekking “bepaalt of en volgens welke modaliteiten (...) de akte van huwelijk in die Staat moet worden overgeschreven”.

De codex laat hiermee de mogelijkheid van een zogenaamd vormloos huwelijk open. Voor de bewijsproblemen die hierbij kunnen rijzen worden geen oplossingen aangereikt<sup>391</sup>.

### **C.3.B. DE SOEPELE ERKENNING VAN EEN BUITENLANDS ZOGENAAMD VORMLOOS HUWELIJK**

#### **\* *Geen authentiek bewijs vereist, maar geloofwaardigheid a.h.v. een gelegaliseerd officieel attest is aangewezen***

**227.** Kan het bestaan van een zogenaamd vormloos huwelijk worden bewezen, dan wordt het huwelijk in België erkend<sup>392</sup>. Ook in dit verband wordt soepel opgetreden op het vlak van het bewijs<sup>393</sup>. Het Brusselse Hof oordeelde in 1987 dat

<sup>391</sup> Zie overigens de verwarrende stelling van O. DE SCHUTTER en A. WEYEMBERGH, “La cohabitation légale. Une étape dans la reconnaissance des unions entre personnes du même sexe”, *J.T.* 2000, 93, dat de Wet op de wettelijke samenwoning het concubinaat in sommige opzichten als ‘mariage de fait’ beschouwt.

<sup>392</sup> Zie rechtspraak in volgende noten. Zie ook voor Frankrijk: T.G.I Paris 7 mei 1968, *J.D.I.* 1970, 323, noot P. KAHN : geldigheid gewoonterechtelijk huwelijk, aangegaan in Indochine. Zie ook voor Duitsland: M. SCHWIMANN, “Art. 13 E.G.B.G.B.”, in *Münch. Komm., I.c.*, nr. 99.

<sup>393</sup> Brussel 14 oktober 1987, *T. Vreemd.* 1988, 22; Rb. Brussel 20 november 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOLETS; Vred. Sint-Gillis 5 april 1990, *J.T.* 1990, 662; Rb. Brussel 30 april 1986, *J.T.* 1987, 272; Vred. Sint-Gillis 27 december 1983, *J.J.P.* 1985, 275. Bij de soepele bewijslevering dient extra aandacht aan de dag gelegd worden, aangezien de gewoonte geen statisch gegeven is. Binnen de antropologie worden reeds jarenlang pogingen ondernomen om het koloniale van het traditionele gewoonterecht te onderscheiden. De betreffende Staten nemen

de vereiste om een *bewijs* van authenticiteit voor te leggen, moet worden begrepen als de verplichting om de '*véricacité*' van een huwelijk aannemelijk te maken. Slechts een authentiek geschrift vormt immers een absoluut bewijs en het is nu eenmaal onmogelijk om het bestaan van een huwelijk *solo consensu* aan te tonen met een openbare akte.

In toepassing van de Marokkaanse Mudawwanah kan m.b.t. huwelijken die in Marokko of voor een Marokkaanse diplomatieke of consulaire post zijn aangegaan, genoeg worden genomen met een aktering van de huwelijkstoestemming door twee *adouls* (getuigen). Om deze *adoulaire* akte enige rechtswaarde te verlenen – de juistheid van hun verklaring kan slechts worden vermoed – attesteert de rechter hun getuigenis<sup>394</sup>. Hiermee beschikt de betrokkene over een rechterlijke verklaring die toelaat dat de geldigheid van het huwelijk ook in het buitenland wordt aangenomen, ook al betreft het geen authentieke huwelijksakte naar onze normen.

In toepassing van Marokkaans bewijsrecht kan het bewijs overigens met alle middelen van recht worden verstrekt. We gaven evenwel reeds aan dat best de nodige voorzichtigheid aan de dag kan worden gelegd.

**228.** In het merendeel van de gevallen zullen de betrokkenen mits enige inspanning een getuigenschrift op het Marokkaanse consulaat in Brussel kunnen verkrijgen. Een getuigenschrift van gewoonterechtelijk monogaam huwelijk werd na legalisatie reeds als bewijs van het huwelijk aanvaard door de voorzitter van de Luikse rechtbank t.b.v. twee Zaïrezen<sup>395</sup>.

---

steeds meer westers recht over, weliswaar oorspronkelijk gedwongen, maar op termijn zijn die invloeden vervlochten geraakt met het oorspronkelijke gewoonterecht. De intellectuele eerlijkheid gebiedt ons om voldoende oog te hebben voor de evolutie van het gewoonterecht en te beseffen dat op korte termijn van een gebruik kan worden afgestapt. Onze kennis van het recht zoals het ter plaatse wordt beleefd, moet op punt blijven. Dat is, zoals we reeds aangaven, niet eenvoudig bij *common-law*stelsels en gewoonterechtsstelsels. We moeten beseffen dat we steeds spreken vanuit onze eigen interpretatiestructuren en dat die een volmaakt rechtspluralisme uitsluiten (zie hierover o.m. C. TAYLOR, *Sources of the self, o.c.*, en de theorie van het *framework*).

Zie overigens ook de onduidelijkheid van de bewijskracht van akten in de betreffende rechtsordes zelf: hierover: V. KANGULUMBA MBAMBI, noot onder Vred. Butembo (Noord-Kivu) RC 118/II/KOW, 21 februari 2001, *Revue de droit africain* 2001, 241-249.

<sup>394</sup> M. LIENARD-LIGNY, "Jurisprudence belge de droit international privé. Nationalité et relations familiales 1990-1994 - choix de décisions", *R.B.D.I.* 1995, 701.4

<sup>395</sup> Kort ged. Luik 20 februari 1995, *T. Vreemd.* 1995, 165: het Zaïrese echtpaar stond als gehuwd ingeschreven in het vreemdelingenregister, op grond van een niet-gelegaliseerd getuigenschrift van gewoonterechtelijk monogaam huwelijk. Na een richtlijn van het parket over de geldigheid van Zaïrese gewoonterechtelijke huwelijken, werd de inschrijving in het vreemdelingenregister gewijzigd in 'ongehuwd'. Tengevolge hiervan werd alle sociale steun aan de betrokkenen stopgezet. De richtlijn van het Luikse parket bevatte evenwel een vergissing. Ze stelde ten onrechte dat gewoonterechtelijke Zaïrese huwelijken gesloten na 1 augustus 1988 niet geldig zijn. Het huwelijk is wel geldig, mits het geregistreerd wordt met het oog op tegenstelbaarheid aan derden. De Luikse rechter beval de oorspronkelijke inschrijving als 'gehuwd' te herstellen, maar nodigde de partners er wel toe uit om binnen de drie maanden een gelegaliseerd getuigenschrift van hun huwelijk voor te leggen, overeenkomstig Omz. 17 februari 1993. Bij stilzitten zou het bevel van de rechter vanaf die datum niet langer werking hebben.

**229.** Daarnaast werd reeds genoeg genomen met een schriftelijke getuigenis van een *cadi* in Casablanca<sup>396</sup> en met een attest van de ambassade dat een *de facto* huwelijksrelatie, zodra deze vaststaat, dezelfde waarde heeft als een huwelijk<sup>397</sup>.

Dergelijke attesten vormen een geloofwaardiger bewijs dan sommige bewijsstukken die in de betreffende Staten gelden als volwaardig bewijs, zoals een certificaat op naam van beide partners ter registratie van een huis<sup>398</sup>.

**230.** Ook in het licht van het verblijfsrecht zou een ruime bewijskracht kunnen worden toegekend aan gelegaliseerde verklaringen van buitenlandse officiële instanties waarbij gewoonterechtelijke huwelijken geldig worden bevonden. Zoals we reeds stelden kan de verklaring worden beschouwd als een vervangende huwelijksakte, mits wordt bewezen dat de akte wordt afgeleverd door een autoriteit van de Staat van huwelijksvoltrekking en de verklaring ook in het licht van het bewijsrecht van die Staat als geldig wordt beoordeeld.

**231.** We vonden twee uitspraken waarbij een huwelijk *solo consensu* werd erkend in het kader van een geschil inzake verblijfsrecht<sup>399</sup>. Eén zaak werd voorgelegd aan de Raad van State. Deze oordeelde dat een louter consensueel huwelijk recht kon geven op gezinshereniging. Een machtiging tot gezinshereniging diende niet te worden aangevraagd. Het bewijs van het huwelijk volgde uit een attest van de Australische ambassade dat aangaf dat een *de facto* huwelijksrelatie, zodra deze vaststaat, dezelfde waarde heeft als een huwelijk, uit een door een Australische vrederechter ondertekende verklaring waarin deze bevestigde dat naar zijn weten het betreffende koppel een *de facto* relatie had sinds vier jaar en uit een aantal bijkomende documenten die die stelling ondersteunden. De Raad oordeelde "dat voormelde stukken *prima facie* voldoende aannemelijk maken dat verzoekende partijen naar Australisch recht als gehuwd dienen te worden beschouwd".

<sup>396</sup> Vred. Sint-Gillis 27 december 1983, *T. Vred.* 1985, 275 (m.b.t. Marokkaans recht. *In casu* had de gemeente waar de vreemdeling zich op grond van gezinshereniging wilde inschrijven, de inschrijving geweigerd. De huwelijksakte, die was opgesteld door een *cadi* in Casablanca, zou te vaag zijn geweest. De man was na ontvangst van een bevel om het grondgebied te verlaten, naar Casablanca teruggekeerd en had een nieuwe huwelijksakte laten opstellen. De rechter stelde: "que si la validité du mariage est subordonnée à la présence simultanée de deux adouls, celui-ci n'est pas sanctionnée, pas plus que l'obligation qui leur est imposée d'en établir un acte, celui-ci n'étant d'ailleurs pas un acte d'état civil, mais un témoignage écrit d'un mariage qui peut être établi par toutes voies"). Zie ook: Paris 7 februari 2002, *J.C.P.* 2002, IV, nr. 1.854 (verkort): akte van centrale dienst burgerlijke stand van Niger.

<sup>397</sup> R.v.St. 4 maart 1993, *T. Vreemd.* 1994, 18 (m.b.t. Australisch recht).

<sup>398</sup> Vredegerecht Butembo (Noord-Kivu) RC 118/I/KOW, 21 februari 2001, *Revue de droit africain* 2001, 241-249, noot V. KANGULUMBA MBAMBI.

<sup>399</sup> Vred. Sint-Gillis 27 december 1983, *T. Vred.* 1985, 275; R.v.St. 4 maart 1993, *T. Vreemd.* 1994, 18.

**\* Het risico van een soepelere bewijsregeling: de moeilijke kenbaarheid van buitenlands gewoonterecht**

**232.** We staan kort stil bij een vonnis uit Noord-Kivu waarbij een woningregistratie dienst deed als bewijs van het huwelijk van beide eigenaars<sup>400</sup>, om te illustreren dat het niet steeds eenvoudig is om het bewijsrecht van het land van herkomst te doorgronden. Soms heerst binnen die rechtsorde zelf nog discussie over fundamentele vragen. *In casu* had het Vredegerecht van Butembo (Noord-Kivu) op twee gronden tot bewijs van het huwelijk besloten: enerzijds op grond van dertig jaar bezit van staat, waardoor het huwelijks statuut definitief verworven was<sup>401</sup>, anderzijds op grond van de vermeldingen in het registratiecertificaat van het huis van betrokkenen. De annotator bij het vonnis meende evenwel dat de aanname van definitief bezit van staat onlogisch was: hoe kan een vordering tot ontkenning van een bezit van staat verjaren alvorens dat bezit is ontstaan? Men kan niet verwachten dat iemand een situatie aankaart die naar recht en ook volgens hemzelf niet bestaat. Ook nam de annotator niet aan dat de gehuwde staat voldoende bleek uit de woningregistratie op beider naam, brieven die de liefdesrelatie deden uitschijnen en de onderlinge betiteling als 'mijn echtgeno(o)t(e)'. Enkel een akte van de burgerlijke stand kon volgens hem aantonen dat een relatie een huwelijk is. Het registratiecertificaat heeft slechts bewijswaarde voor wat er aan 'droits réels' in vermeld staat. Ook een religieus huwelijkscertificaat volstaat volgens de auteur niet: een 'officier public' is geen 'officier d'état civil'.

**233.** Hieruit blijkt dat aandacht voor buitenlands gewoonterecht noopt tot een wankel evenwichtsoefening, zowel vanuit de eigen rechtsbeginselen die rechtszekerheid laten primeren op een al te soepel bewijsrecht, als vanuit het besef dat gewoonterecht zich niet gemakkelijk laat ontleden. Zowel het recht zelf als de interpretatie en toepassing ervan evolueren, soms reeds te weinig transparant voor plaatselijke rechtsgeleerden. Het zou onze rechters wel héél moeilijk worden gemaakt... Opnieuw weze aangetoond dat een min of meer strenge regeling inzake bewijsvoering is aangewezen zodra de minste twijfel rijst.

**234.** Een volgende illustratie van de moeilijke kenbaarheid van buitenlands recht blijkt m.b.t. de beoordeling van een buitenlands retroactief huwelijk. Een vordering tot nietigverklaring werd reeds toegewezen n.a.v. een zaak waarbij eiseres had aangetoond dat haar toestemming onvoldoende was bewezen door de getuigenverklaring van twaalf personen, op grond waarvan het huwelijk aanvankelijk geldig was bevonden<sup>402</sup>. De Marokkaanse minister van Justitie had de rechter in dezelfde zin geadviseerd dat een persoonlijke verklaring van de echtgenoten waarin ze een vroegere huwelijksdatum bevestigden, geldig was, maar dat een loutere getuigenverklaring niet volstond.

<sup>400</sup> Vredegerecht Butembo (Noord-Kivu) RC 118/II/KOW, 21 februari 2001, *Revue de droit africain* 2001, 241-249, noot V. KANGULUMBA MBAMBI.

<sup>401</sup> Art. 438 C.C. Noord-Kivu: bezit van staat is definitief verworven als het niet binnen een termijn van dertig jaar wordt betwist.

<sup>402</sup> Rb. Brussel 14 oktober 1974, A.R. 38.089, *onuitg.*

**235.** Informele huwelijken kunnen tot minstens twee vormen van fraude aanleiding geven. Enerzijds kunnen echtgenoten aan huwelijkse plichten trachten te ontsnappen door het bestaan van het huwelijk te ontkennen. Anderzijds kunnen ongehuwden een huwelijk voorwenden wanneer het hen uitkomt. Door een formeel huwelijk kunnen bovendien huwelijksbeletselen en de controle erop via voorafgaande formaliteiten worden omzeild<sup>403</sup>.

## D. BESLUIT

**236.** We gaven in de inleidende verantwoording van deze titel aan dat onze bespreking van de vormvereisten voor het huwelijk erop was gericht om na te gaan in hoeverre vreemdelingen, rekening houdend met hun concrete situatie, effectief in de mogelijkheid worden gesteld om een huwelijk aan te gaan in België.

### D.1. BESLUIT M.B.T. DE VORMVEREISTEN BIJ HUWELIJKSSLUITING IN BELGIË

**237.** We hebben vooreerst stilgestaan bij de vraag naar de *vervulbaarheid* van de *vormvoorwaarden* bij huwelijkssluiting.

We konden enerzijds vaststellen dat moedige pogingen worden ondernomen om tegemoet te komen aan een reële onmogelijkheid of ernstige moeilijkheid voor bepaalde vreemdelingen om een gelegaliseerd en desgevallend beëdigd vertaald afschrift van het gevergd document voor te leggen. De technieken van de akte van bekendheid en de beëdigde verklaring getuigen hiervan.

Anderzijds concludeerden we dat deze vervangende akten soms met te weinig waarborg van een correcte inhoud worden verstrekt en dat ze bovendien bepaalde vreemdelingen uitsluiten.

Daarnaast wordt overigens nog steeds strikt vastgehouden aan de voorlegging van bepaalde documenten, terwijl de gegevens waarvoor ze tot bewijs moeten dienen nochtans evengoed door andere documenten kunnen worden aangetoond.

**238.** We beoordeelden bepaalde beperkingen op de toegelaten *huwelijksvorm* als gerechtvaardigd met het oog op rechtszekerheid.

We achten het gerechtvaardigd dat Belgen in België niet consulaire een gemengd huwelijk kunnen aangaan. Dit verbod strookt met ons globale aanknopingsvoorstel: het huwelijk met een Belg in België veronderstelt een bereidheid tot integratie en tot een snelle toepassing van Belgisch recht op het geheel van de rechts-

---

<sup>403</sup> P. NEUHAUS, *Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1979, 85-86; H. THOMAS, *Formlose Ehen: eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung*, Bielefeld, Giesecking, 1973, 91.

situatie van beide partners.

Ook het verbod om in België religieus te huwen is o.i. gerechtvaardigd, ongeacht of het al dan niet een gemengd huwelijk betreft. Het wordt niet betwist<sup>404</sup> dat de scheiding van Kerk en Staat zich consequent moet doorzetten<sup>405</sup>. Hebben de betrokkenen dezelfde nationaliteit, dan kunnen ze consulaire huwen. Verplicht hun personele wet hen tot een religieuze viering, dan is de consulaire of diplomatieke ambtenaar over het algemeen bevoegd om deze viering te voltrekken en kan gelijktijdig een religieuze en een burgerlijke viering plaatsvinden<sup>406</sup>. Laat hun personele wet geen consulaire huwelijksluiting toe<sup>407</sup>, dan zal de vreemdeling zich moeten neerleggen bij het hinkende karakter van zijn huwelijk, wil hij in België huwen. Leggen Staten een religieuze viering op als grondvoorwaarde, dan houden ze best rekening met de mobiliteit van hun onderdanen en voorzien ze best in een regeling bij huwelijksluiting in het buitenland.

Een uitbreiding van de mogelijkheid om consulaire te huwen voor gemengde koppels vormt mogelijk een oplossing. Onderneemt een Staat hiertoe stappen, dan menen we dat het, met het oog op internationale beslissingsharmonie, is aangewezen dat de Belgische wetgever hieraan via een consulaire verdrag zijn medewerking verleent.

**239.** Wat betreft de *verenigbaarheid* van grondvereisten in de *lex patriae* van de betrokkene met een vervulling van de Belgische vormvereisten, hebben we besloten dat de huidige wegkwalificering van meerdere buitenlandse grondvoorwaarden tot vormvoorwaarden voor het huwelijk o.i. de meest praktische aanpak vormt, ook al begaat ze strikt genomen een inbreuk op het I.P.R.

**240.** “Grensoverschrijdende” vormvereisten, zoals de vereiste dat het voornemen om in het buitenland te huwen eveneens voorafgaandelijk wordt aangegeven in het land van herkomst of dat het huwelijk er wordt geregistreerd, kunnen bij de huwelijksvoltrekking en erkenning van het huwelijk worden genegeerd. Slechts een overtreding van vormvereisten die door de *lex loci celebrandi* worden ingesteld, kunnen aanleiding geven tot een nietigverklaring van het huwelijk.

## **D.2. BESLUIT M.B.T. DE BEOORDELING VAN DE VORMVEREISTEN BIJ DE ERKENNING IN BELGIË VAN EEN BUITENLANDS HUWELIJK**

**241.** Bovengenoemde onderzoeken hebben betrekking op de hypothese dat een huwelijk wordt aangegaan in België.

<sup>404</sup> Behalve dan in het licht van enkele twijfelachtige voorstellen tot intern rechtspluralisme.

<sup>405</sup> Dit gebeurt vooralsnog niet systematisch: cf. *supra*, onze bespreking m.b.t. celibaatsclausules in o.m. tewerkstellingssituaties (cf. *supra*, hoofdstuk 4, randnrs 174 e.v.).

<sup>406</sup> Cf. *supra*, o.m. naar Marokkaans recht.

<sup>407</sup> Het Marokkaanse consulaat sluit bv. geen huwelijk tussen Marokkaanse joden: P. DECROUX, *l.c.*, 89; A. MOULAY R'CHID, *l.c.*, in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 157. Libanon verleent zijn diplomatieke posten geen bevoegdheid om huwelijken te sluiten. De rechtsorde erkent evenwel een burgerlijk huwelijk van onderdanen in het buitenland: BERGMANN en FERID, o.c., “Libanon”, 8.



**242.** We onderzochten eveneens de criteria op grond waarvan de *erkenbaarheid* in België van een buitenlands huwelijk wordt beoordeeld. We besloten dat over het algemeen soepel wordt omgegaan met de erkenning van buitenlandse huwelijken en formuleerden enkele voorstellen m.b.t. de bewijslevering.

**243.** Bepaalde buitenlandse grondvereisten worden o.i. terecht weggekwalificeerd als vormvereiste, bv. de vereiste dat men (tevens) religieus gehuwd is of dat men wordt vertegenwoordigd door een huwelijksvoogd<sup>408</sup>. Van andere vormvereisten wordt, zoals we zopas aangaven, de grensoverschrijdende toepassingssfeer, in toepassing van de *lex patriae* van de gehuwde, genegeerd.

**244.** Wat het bewijs van het huwelijk betreft, bepleiten we een soepele omgang met gelegaliseerde certificaten als die uitgaan van bevoegde buitenlandse autoriteiten. Is de bevestiging niet kennelijk ongeloofwaardig, dan kan het huwelijk o.i. worden erkend. Daarbij kan volstaan dat de autoriteit naar buitenlands recht bevoegd is om het bestaan van een huwelijk te bevestigen. Het is o.i. niet vereist dat dezelfde autoriteit het huwelijk heeft voltrokken.

Het bewijsrecht van het land van huwelijksvoltrekking dient evenwel niet onverkort te worden geëerbiedigd. Het belang van de vraag naar de geldigheid van het huwelijk rechtvaardigt dat enige zekerheid omtrent de authenticiteit van het bewijs wordt gevergd.

---

<sup>408</sup> J.Y. CARLIER, "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 453.

## E. SAMENVATTING VOORSTELLEN<sup>409</sup>

### E.1. INLEIDING

**245.** Ons onderzoek van de vormvereisten voor het huwelijk was erop gericht om na te gaan of de vormvereisten die in België worden verbonden aan de sluiting en aan de erkenning van een huwelijk verenigbaar zijn met het recht van een vreemdeling om te huwen.

Niet steeds kunnen de gestelde vereisten door een vreemdeling die in België wil huwen even gemakkelijk worden vervuld als door een Belg. Praktische moeilijkheden zijn evenwel overkoombaar via de aanname van subsidiaire middelen om te komen tot het vereiste bewijs. Blijkt een vormvereiste evenwel onevenredig moeilijk of in bepaalde gevallen onmogelijk vervuld te kunnen worden, dan zijn zowel het recht om te huwen als het gelijkheidsbeginsel o.i. geschonden.

### E.2. VORMVEREISTEN BIJ HUWELIJKSSLUITING IN BELGIË

#### E.2.A. BELGISCHE VORMVEREISTEN

**246.** We hebben geconcludeerd dat de aangifteplicht een rechtvaardiging vindt in de doelstelling om na te gaan of alle grondvereisten voor het huwelijk zijn vervuld.

**247.** Aangezien eenieder zijn huwelijksplannen kan aangeven, wordt het recht om te huwen alvast niet formeel (*in abstracto*) geschonden.

**248.** Dat is evenwel pas ook materieel het geval, als alle *concrete* formaliteiten vervulbaar zijn.

**249.** We stelden vast dat de huidige regeling op meerdere punten navolging verdient.

De legalisatie van documenten is vereist opdat de echtheid en bijgevolg ook de betrouwbaarheid ervan zou kunnen worden nagegaan. De aanvaarding dat de betrokkene de legalisatie op afstand aanvraagt en een beroep kan doen op de medewerking van derden, voorkomt dat problemen van afstand en bekostiging de legalisatie in de weg zouden staan. Dat laatste probleem wordt overigens mede voorkomen door te voorzien in een kosteloze afgifte en legalisatie bij behoefte.

De bewijsregeling lijkt ruim te zijn opgevat. De erkenning van een buitenlandse akte van de burgerlijke stand geniet een soepele behandeling als de akte is opgesteld door een autoriteit die op gelijkaardige wijze functioneert als de Belgische

<sup>409</sup> I.p.v. een schematische voorstelling, nu zich geen onmiddellijke vragen inzake gezinshereniging stellen.

terzake bevoegde instanties (regeling bij Omz.). Bij hoogdringendheid kan overigens een uitzondering worden gemaakt op de legalisatieplicht, mits de akte geloofwaardig is. Andere buitenlandse akten genieten vaak verdragsrechtelijke versoepelingen.

**250.** Niettemin kunnen enkele kritieken worden geformuleerd.

Een legalisatie blijft soms uit t.g.v. ongemotiveerd stilzitten van het consulaat (R.v.St.-rechtspraak trad hier reeds tegen op). Soms blijken daarentegen akten te worden gelegaliseerd na een onbetrouwbare verklaring van een vertrouwensadvocaat.

Voor elke rechtshandeling wordt een nieuwe legalisatie vereist. Voorbeeld zou kunnen worden genomen aan de Nederlandse regeling, waarbij een stuk systematisch wordt vrijgesteld van legalisatie als een gelegaliseerd stuk betreffende hetzelfde rechtsfeit en met dezelfde inhoud en vorm al eens eerder is ingeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

Het bewijsrecht m.b.t. akten die geen akte van de burgerlijke stand zijn, zou kunnen worden versoepeld door een alternatieve aanknopingspunt bij het bewijsrecht van de *lex fori* en de *lex loci* toe te laten, tenzij er twijfels rijzen omtrent de echtheid van de akte (vgl. met art. 26 § 1 ontwerp-I.P.R.codex).

Vluchtelingen kunnen ontbrekende documenten vaak vervangen door documenten die worden afgeleverd door het CGVS. Deze gelden slechts tot bewijs van het tegendeel. We stelden voor om ook te hunner behoefte over te gaan tot de aflevering van akten van de burgerlijke stand. Bij bewijs van fraude kan een akte van de burgerlijke stand steeds worden verbeterd. De grotere moeilijkheid om de geloofwaardigheid van de verklaringen na te gaan en het grotere risico op fraude rechtvaardigt de huidige ongelijke behandeling t.a.v. andere vreemdelingen m.a.w. niet.

**251.** Na deze globale overschouwingen hebben we de vereiste documenten afzonderlijk onder de loep genomen.

**252.** De vereiste voorlegging van een afschrift van de geboorteakte is verantwoord, aangezien deze akte de basisakte van de burgerlijke stand is. We suggererden dat ook het verkrijgen van een verblijfstitel zou worden ongeschikt aan de voorlegging van het afschrift. Slechts dit document kan met zekerheid de identiteit van een persoon bevestigen.

Steeds dient rekening te worden gehouden met de hypothese dat er een onmogelijkheid of zware moeilijkheid zou rijzen om aan de vereiste te voldoen. In dat verband is de subsidiaire regeling van de akte van bekendheid ingesteld. Bepaalde categorieën van vreemdelingen worden evenwel uitgesloten van de mogelijkheid om op deze regeling een beroep te doen. De uitsluiting van asielzoekers schendt o.i. art. 12 E.V.R.M., minstens zodra zijn asielverzoek ontvankelijk

is verklaard<sup>410</sup>.

De regeling van de akte van bekendheid is evenwel niet volledig sluitend wat betreft de betrouwbaarheid van de getuigenissen waarop de akte steunt. Zekerheid is niet mogelijk.

Wél is het aanbevolen om vooreerst na te gaan waarom bv. legalisatie werd geweigerd, alvorens een niet-gelegaliseerde geboorteakte wordt vervangen door een akte van bekendheid. Is de weigering ongerechtvaardigd, dan kan er verder, mogelijk via gerechtelijke stappen, toe worden aangespoord. Het is aanbevolen om de vreemdeling in dat geval uitstel te verlenen en de zaak niet zonder meer af te wijzen.

Is legalisatie geweigerd om redenen die de grond betreffen, dan is het aangewezen om geen akte van bekendheid op te stellen of beëdigde verklaring toe te laten op grond van beweringen die overeenstemmen met die van de bestreden akte.

Zoals vandaag reeds geldt binnen het W.B.N. zou tevens systematisch het bewijs kunnen worden gevergd dat ook een gelijkwaardig diplomatiek document onmogelijk kan worden voorgelegd. De beoordeling van de betrouwbaarheid van deze documenten kan worden aangescherpt.

Men zou de afgifte van een akte van bekendheid tevens afhankelijk kunnen stellen van een DNA-test, indien mogelijk, *i.e.* rekening houdend met de afstand tussen de verblijfplaats van ouders en kind en met de vraag of de ouders nog in leven zijn.

De procedure zou mogelijk kunnen worden versneld, mocht de vreemdeling op voorhand worden geïnformeerd van de documenten die hij zal moeten voorleggen, alvorens de akte van bekendheid hem wordt verleend (*cf.* praktijk Gent en Antwerpen).

Ook m.b.t. de akte van bekendheid stellen we voor dat hij, eens hij na vele controles wordt toegekend, ook in het kader van latere rechtshandelingen nog zou kunnen worden aangewend.

Ook zou het onderzoek kunnen worden geïntensificeerd door een vlottere informatiedoorstroming tussen de gespecialiseerde diensten. De databank van het rijksregister dient in de praktijk vlotter toegankelijk te worden gemaakt. Men zou kunnen overwegen om de rechtbanken ook elektronisch toegang te verlenen tot de dossiers van de Dienst Vreemdelingenzaken.

---

<sup>410</sup> De betrouwbaarheid van de gegevens die de vluchteling verstrekt kan alvast voorlopig worden getoetst aan elementen uit het dossier, zoals bij afgifte van een document door het CGVS vandaag reeds gebeurt. Blijkt de verklaring achteraf leugenachtig te zijn, dan kan het huwelijk worden nietigverklaard, wegens betrekking hebbend op een onbestaande persoon.

**253.** De vereiste om een bewijs van identiteit voor te leggen wordt soepel opgevat. Elk document dat de identiteit voldoende bewijst, wordt aanvaard. De foto is vereist om de overeenstemming vast te stellen van de persoon die zich aandient met de persoon op wie de geboorteakte betrekking heeft.

**254.** De vereiste om een attest van nationaliteit voor te leggen is o.i. overbodig als de nationaliteit reeds op andere wijze kan worden vastgesteld, bv. op grond van de geboorteakte, het identiteitsbewijs of het bewijs van inschrijving. Een geldig paspoort is bij ononderbroken verblijf o.i. betrouwbaar. Een verklaring van nationaliteit bij de huwelijksaangifte moet worden toegelaten bij wijze van *last resort*<sup>411</sup>. Deze versoepelde regelingen zouden slechts een weerlegbaar bewijs opleveren. Hetzelfde geldt evenwel voor een attest van nationaliteit. De bewijswaarde is m.a.w. steeds relatief.

We beoordeelden dit document evenwel in het licht van ons aanknopingsvoorstel als minder relevant en nietsteeds meer gerechtvaardigd.

Het vereiste celibaatsattest kan o.i. worden vervangen door een algemeen bewijs dat er geen huwelijksbeletselen rijzen. Bij onmogelijkheid om de autoriteiten te raadplegen, kan een attest worden verkregen bij het CGVS, dat geldt tot bewijs van het tegendeel.

Het bewijs kan o.i. tevens volgen uit de inschrijving mits het verblijf ononderbroken is.

**255.** Een bewijs van inschrijving en/of een bewijs van de actuele verblijfplaats is vereist opdat zou kunnen worden nagegaan of de ambtenaar bevoegd is. Alle bewijsmiddelen worden vandaag reeds toegelaten.

**256.** Een certificaat van het niet-bestaan van huwelijksbeletselen moet o.i. bij onmogelijkheid om de autoriteiten te raadplegen of bij bewijs van hun stilzitten<sup>412</sup> kunnen worden vervangen door een wetscertificaat, aangevuld met documenten die getuigen van vrijstellingen of andere noodzakelijke verduidelijkingen in hoofde van de betrokkene. Een weigering hiervan zou o.m. kandidaat-vluchtelingen immers voor een patstelling plaatsen.

Bij onmogelijkheid om een wetscertificaat voor te leggen, kan genoeg worden genomen met een bevestiging door het Belgische Ministerie van Buitenlandse Zaken dat de voorgelegde wetsartikelen nog *up to date* zijn en met het bewijs dat alle grondvereisten vervuld zijn.

In het licht van ons aanknopingsvoorstel zou het certificaat betrekking hebben op de *lex patriae* van de betrokkene of op de wet van de Staat waar hij zijn (voorgaande) stabiele verblijfpositie had.

---

<sup>411</sup> Zie voorstel VLAVABBS.

<sup>412</sup> Het Brusselse Hof is hier reeds tegen opgetreden, voor wat betreft Belgische consulaten en ambassades.

## **E.2.B. DE OMGANG MET BUITENLANDSE VEREISTEN DIE TUSSEN VORM EN GROND ZWEVEN**

**257.** De volgende vraag die we behandelden, had betrekking op de omgang met bepaalde buitenlandse vormvereisten die betrekking hebben op de grond.

**258.** We argumenteerden voorheen reeds, bij de studie van de grondvereisten, dat bepaalde buitenlandse huwelijksvereisten art. 12 E.V.R.M. schenden. Het betreft o.m. de vereiste dat de militieplicht reeds is vervuld, dat een wachttermijn is doorlopen, dat een bepaalde overheid instemt met het huwelijk, dat de huwelijkskandidaten niet aan een erfelijke of besmettelijke ziekte lijden.

**259.** De vormvereisten die hier tegenover worden geplaatst, m.n. de vereiste van voorlegging van attesten die de vervulling ervan aantonen, schenden het recht om te huwen evenzeer, en worden niet toegepast, los van de vraag of ze betrekking hebben op de vorm of op de grond.

**260.** Andere vereisten worden door de Staat van huwelijksluiting genegeerd indien ze slecht betrekking hebben op de vorm. Zo bv. de vereiste in toepassing van de *lex patriae* dat het huwelijk wordt aangegeven in het herkomstland, de vereiste van een burgerlijke of van een religieuze huwelijksluiting of van de aanwezigheid van twee getuigen bij de huwelijksvoltrekking, de vereiste dat een onderdaan in het buitenland huwt ten overstaan van de consulaire of diplomatieke post van zijn vaderland.

## **E.3. DE ERKENNING VAN BUITENLANDSE HUWELIJKEN**

**261.** Het bewijs van de huwelijksluiting in het buitenland gebeurt a.h.v. de *lex loci*. De Staat van huwelijksvoltrekking kan een vervangende huwelijksakte opstellen, mits daartoe een wettige grondslag bestaat in het betreffende recht.

**262.** Is de huwelijksakte verloren gegaan, vernietigd of kan een afschrift ervan wegens overmacht niet worden voorgelegd en verklaart de Staat van huwelijksvoltrekking dat een vervangende niet kan worden afgeleverd (wegens ontstentenis van wettige bevoegdheid daartoe of wegens strenger bewijsrecht dat *in casu* geen overtuigend bewijs van het huwelijk toelaat), dan menen we dat de betrokkene de keuze kan worden gelaten tussen het bewijsrecht van de *lex loci* en het Belgische bewijsrecht. Ook in België kan een vervangende akte worden opgesteld, mits de betrokkene inmiddels een voldoende band heeft ontwikkeld met de Belgische rechtsorde.

**263.** Bij ontstentenis van enige geschreven bewijs (bv. bij zogenaamd vormloos huwelijk), menen we dat de opstelling van een vervangende huwelijksakte best kan worden ondergeschikt aan de voorlegging van een huwelijksattest, afgegeven door het consulaat van de Staat van huwelijksluiting, dat de geldigheid van het huwelijk bevestigt (*cf.* rechtspraak inzake Australisch *de facto*-huwelijk).

Vluchtelingen kunnen terecht bij het CGVS. We herhalen evenwel ons voorstel om vluchtelingen m.b.v. een akte van de burgerlijke stand een optimalere rechtsbescherming te bieden. Die doelstelling primeert o.i. op de doelstelling om de betwistbaarheid van fraude te vereenvoudigen, zolang dergelijke betwisting mogelijk blijft.

**264.** Ook het bewijs van religieuze huwelijken kan best worden ondergeschikt aan de voorlegging van een consulaire huwelijksattest. Bij onmogelijkheid kan de procedure van art. 46 B.W. worden toegepast.

# HOOFDSTUK 7. HUWELIJK, AFSTAMMING EN GEZINSHERENIGING

## AFDELING 1. HUWELIJK EN GEZINSHERENIGING

### A. INLEIDING

1. We verwezen reeds meermaals naar de interactie tussen I.P.R.-beslissingen inzake huwelijk en het verblijfsrecht<sup>1</sup>.

2. Staat een huwelijksbeletsel van het personele recht van twee vreemdelingen of één van hen een huwelijk in de weg, maar wordt dat beletsel door de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of door de I.P.R.-rechter buiten toepassing gelaten wegens strijdigheid met de openbare orde (bv. wegens discriminatie), dan kan het huwelijk mogelijk alsnog in België worden aangegaan en is gezinshereniging mogelijk.

3. Ook als een huwelijk in het buitenland wordt aangegaan in overtreding van een huwelijksbeletsel in een betrokken personele wet en het huwelijk er ongeldig wordt bevonden, misschien zelfs nietigverklaard, is het nóg mogelijk dat het huwelijk in België geldig wordt bevonden en recht verleent op gezinshereniging.

Een soepele beoordeling van de overtreding kan steunen op de aanname dat het buitenlandse beletsel inderdaad niet had moeten worden toegepast, omdat het de openbare orde schendt of omdat het beletsel slechts een verbiedend beletsel is naar buitenlands recht of naar het (herkwalificatie<sup>2</sup>-)oordeel van de Belgische rechter<sup>3</sup>. Dergelijke soepelheid moet, zoals gezegd<sup>4</sup>, in verhouding staan tot enerzijds de mate waarin een toepassing van het huwelijksbeletsel onwenselijk wordt geacht en anderzijds de stabiliteit van de verblijfpositie van de partner van degene die een recht op gezinshereniging zou openen. Zijn vereisten overtreden die als substantieel worden beoordeeld, dan zal het huwelijk ook in België niet worden erkend en is geen gezinshereniging op grond van huwelijk mogelijk.

4. Naast deze invloed van het familierecht, speelt in het gezinsherenigingsrecht

<sup>1</sup> O.m. hoofdstuk 1, randnrs 92, 94-97, 102-110; hoofdstuk 2, randnrs 165-170, 220, 245-252, 256, 322, 394-412; hoofdstuk 3, randnrs 29, 107, 119, 131-132; hoofdstuk 4, randnrs 119, 126, 210 en 213, hoofdstuk 5, randnrs 15, 37-38, 59, 63-64; hoofdstuk 6, randnrs 128, 172, 230-231.

<sup>2</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 4, randnrs 21, 76, 97, 214 en 222, ons voorstel om aan een aantal buitenlandse huwelijksbeletselen deze verzachte kwalificatie te verlenen (zie ook *ibid.* randnrs 57, 63, 67 en 69 voor bestaande aanzetten daartoe).

<sup>3</sup> Zie ook het voorstel om, naar Belgisch internrechtelijk voorbeeld (art. 185 B.W.), een regel van materieel I.P.R. aan te nemen op grond waarvan een inbreuk op de leeftijdsvereiste wordt gedekt vanaf de leeftijd van 18 jaar en zes maanden. Cf. *supra*, hoofdstuk 1.

<sup>4</sup> Cf. *supra*, o.m. in hoofdstuk 4.



tevens een eigen dynamiek. Deze is gericht op een inperking van de migratiestroom. Het huwelijk van derdelanders geeft in beginsel slechts recht op verblijf voor zover beide partners op het ogenblik van de aanvraag achttien jaar zijn of ouder.

Niet alleen wordt daarmee een ongelijke behandeling ingesteld op grond van nationaliteit, tussen de hypothese van een huwelijk met een bevoorrechte EU-onderdaan enerzijds en een huwelijk tussen niet-bevoorrechte vreemdelingen anderzijds<sup>5</sup>. Bovenal ontstaat daardoor de situatie dat een huwelijk (tussen derdelanders) dat burgerrechtelijk geldig is tijdelijk geen gevolgen kan ressorteren op verblijfsrechtelijk vlak.

We staan nader stil bij de huidige regeling en formuleren enkele bedenkingen.

## **B. LEEFTIJDSEPERKINGEN T.A.V. BEPAALDE GEHUWDEN IN HET VERBLIJFSRECHT**

### **B.1. REGELING NAAR INTERN RECHT**

#### **B.1.A. DE GEMEENRECHTELIJKE REGELING**

5. Het (geldige) huwelijk verleent slechts recht op verblijf indien beide partners op het ogenblik van de aanvraag achttien jaar zijn of ouder<sup>6</sup>.

6. Niet alleen wordt daarbij bewust geen rekening gehouden met *buitenlands recht* dat de huwbaarheid op een lagere leeftijd bepaalt dan naar Belgische normen.

Evenmin wordt soepelheid aan de dag gelegd in omstandigheden waarbij naar *Belgisch recht* dispensatie van de leeftijdsvereiste denkbaar is (bv. bij zwangerschap)<sup>7</sup>.

7. Hieruit volgt niet alleen dat personen die in het buitenland zijn gehuwd onder omstandigheden die naar Belgisch burgerlijk recht aanleiding zouden kunnen geven tot een dispensatie van de leeftijdsvereiste, niettemin elk recht op gezinshereniging in België worden ontzegd<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Het betreft over het algemeen huwelijken tussen twee derdelanders. Enerzijds evenwel verleent ook het huwelijk met een economisch niet-actieve en tevens onvermogende EER-onderdaan slechts een recht op gezinshereniging in de zin van art. 10, 4° Vreemdelingenwet (*cf. supra*, deel 2C). Anderzijds zijn niet alle derdelanders onderhevig aan de leeftijdsbeperking. Bepaalde bilaterale akkoorden stellen er impliciet van vrij: *cf. infra*, randnrs 8 e.v.

<sup>6</sup> Art. 10 Vreemdelingenwet.

<sup>7</sup> De geldigheid van dat huwelijk kan vanzelfsprekend door het verblijfsrecht niet in het gedrang worden gebracht. De huwbare leeftijd wordt bepaald door de nationale wet van de betrokkenen. De beperking betreft slechts het gezinsherenigingsrecht.

<sup>8</sup> Wetsvoorstel van 2 april 2003 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de

Ook zullen twee derdelanders die in België rechtsgeldig huwen met de volle medewerking van de ambtenaar van de burgerlijke stand, hetzij omdat de leeftijdsvereiste in toepassing van het personele recht van beide betrokkenen is nageleefd, hetzij omdat de Belgische jeugdrechter dispensatie heeft verleend van de leeftijdsvereiste, niet de wettelijke<sup>9</sup> waarborg genieten dat hun gezinsleven in België kan worden aangevangen of voortgezet, ingeval ze niet beiden hun verblijf kunnen steunen op een andere rechtsgrond dan het huwelijk.

### B.1.B. BEVOORRECHTE DERDELANDERS

8. Bepaalde derdelanders genieten het “voorrecht” dat de verblijfsregeling op hen wél de (lagere) leeftijdsbepaling inzake huwbaarheid van hun personele recht toepast.

Het betreft de partner<sup>10</sup> van de werknemer die de nationaliteit heeft van één van de volgende Staten waarmee België een bilateraal verdrag is aangegaan in een periode van arbeidsmigratie<sup>11</sup>: de Maghreblanden<sup>12</sup>, Turkije<sup>13</sup> en ex-

---

toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen wat schijnhuwelijken betreft, *Parl. St. Kamer*, 50-2435, beoogt deze discrepantie tussen het verblijfsrecht en het burgerlijk recht nog te vergroten, door de minimumleeftijd voor een recht op gezinshereniging als echtgenoot op 21 jaar te brengen.

<sup>9</sup> Cf. *infra*, randnr. 19, evenwel de correctie die hierop geboden wordt door een machtiging tot het verblijf te verstrekken.

<sup>10</sup> De rechtgevendende Marokkaanse (art. 13 akkoord; zie ook R.v.St. nr. 40.019, 15 juli 1992, *Rev. dr. étr.* 1992, 300, noot M. TAVERNE), Tunesische (art. 13 akkoord), Algerijnse (art. 14 akkoord) of Joegoslavische (art. 14 akkoord) echtgenoot moet sinds 3 maand en de rechtgevendende Turkse echtgenoot sinds één maand (art. 11 akkoord) in België hebben gewerkt. De echtgenoot zal, gezien de leeftijdsbepaling in de regelgeving betreffende de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten (wet van 30 april 1999 en K.B. van 9 juni 1999) steeds ouder zijn dan 18 jaar. Zijn partner, ten behoeve van wie het recht op gezinshereniging wordt ingeroepen, kan evenwel jonger zijn.

<sup>11</sup> H. VERSCHUEREN, “Het recht op gezinshereniging in de bilaterale tewerkstellingsovereenkomsten gesloten door België en de verdragen met derde landen gesloten door de E.G.”, *T. Vreemd.* 1995, 16-20.

<sup>12</sup> Overeenkomst tussen België en Marokko betreffende de tewerkstelling van Marokkaanse werknemers in België, en bijlagen, ondertekend te Brussel op 17 februari 1964, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, *B.S.* 17 juni 1977; Overeenkomst tussen België en Tunesië betreffende de tewerkstelling en het verblijf in België van Tunesische werknemers, en bijlagen, ondertekend te Tunis op 7 augustus 1969, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, *B.S.* 17 juni 1977; Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Democratische Volksrepubliek Algerije betreffende de tewerkstelling en het verblijf in België van Algerijnse werknemers en hun families, en bijlagen, ondertekend te Algiers op 8 januari 1970, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, *B.S.* 17 juni 1977. De verdragen van de EU met de Maghreblanden (met Tunesië, Algerije en Marokko op resp. 25, 26 en 27 april 1976) bevatten geen enkele bepaling inzake gezinshereniging.

<sup>13</sup> Akkoord tussen België en Turkije betreffende de tewerkstelling van Turkse werknemers in België, protocol en bijlagen, ondertekend te Brussel op 16 juli 1964, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, *B.S.* 17 juni 1977. Het verdrag tussen de EU en Turkije van 12 september 1963, opgemaakt te Ankara, *P.B. L.* 29 december 1964, 3687, bevat daarentegen geen bepalingen inzake gezinshereniging.

Joegoslavië<sup>14</sup>.

Onderdanen van de betrokken Staten genieten steeds recht op gezinshereniging in België voor hun partner in een geldig huwelijk, ongeacht hun leeftijd<sup>15</sup>. Het is daarbij van geen belang of de partner de rechtgevende al dan niet vervoegt in de context waarvoor de Verdragen zijn opgesteld<sup>16</sup>.

9. Het voorrecht volgt uit de algemene voorrang van verdragsrecht op intern recht, en is tevens gesteund op een expliciete toelating door art. 10, al. 1, 1° Vreemdelingenwet van gunstigere verdragsbepalingen inzake gezinshereniging.

### B.1.c. EU-ONDERDANEN EN GELIJKGESTELDEN

10. T.a.v. EER-onderdanen en hun partners is geen leeftijdsbeperking ingesteld. Zoals we hierboven illustreerden, voorziet een groot aantal Europese rechtsstelsels nochtans in de mogelijkheid van een dispensatie van de vereiste inzake huwbare leeftijd. Het kan m.a.w. voorkomen dat een derdelander of Europeaan op jongere leeftijd dan achttien jaar zijn Europese huwelijkspartner vervoegt.

### B.2. DE LEEFTIJSBEPALING IN ENKELE BUURLANDEN

11. De leeftijdsvereiste van achttien jaar geldt ook naar Nederlands<sup>17</sup> recht.

12. Naar Frans recht is geen enkele leeftijdsbepaling ingesteld<sup>18</sup>. De burgerrechtelijke geldigheid van het huwelijk volstaat om recht te verlenen op gezinshereniging. Deze aanpak verdient o.i. navolging. Is het huwelijk burgerrechtelijk geldig, dan staat elke leeftijdsbeperking o.i. in onevenredige verhouding tot het door de verblijfswetgever nagestreefde doel, dat erin bestaat de strijd tegen kinderhuwelijken aan te binden<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Akkoord tussen het Koninkrijk België en de Socialistische Bondsrepubliek Joegoslavië betreffende de tewerkstelling en het verblijf in België van Joegoslavische werknemers, en bijlagen, ondertekend te Belgrado op 23 juli 1970, goedgekeurd bij Wet van 13 december 1976, B.S. 17 juni 1977.

<sup>15</sup> Bv. vanaf 15 jaar voor een Marokkaanse vrouw, vanaf 16 jaar voor een Turkse vrouw en vanaf 17 jaar voor een Tunesische vrouw. De echtgenotes kunnen echter evengoed een andere nationaliteit (en bijgevolg andere huwbare leeftijd) hebben. O.m. Verdrag België-Marokko: R.v.St. nr. 43.058, 24 mei 1993, R.A.C.E. 1993; R.v.St. nr. 43.059, 24 mei 1993, R.A.C.E. 1993; R.v.St. nr. 48.425, 1 juli 1994, T. *Vreemd.* 1995, 57.

<sup>16</sup> Hierover o.m. D. MARTIN, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Brussel, Bruylant, 1995; E. GUILD (ed.), *The Legal Framework and Social Consequences of Free Movement of Persons in the European Union*, Den Haag, Kluwer, 1999.

<sup>17</sup> Art. 3.14 a Vreemdelingenbesluit.

<sup>18</sup> Art. 5-I, 15 en 25 Ordonn. 1945.

<sup>19</sup> Zie Voorstel van wet houdende wijziging van artikel 12 laatste lid van de Vreemdelingenwet, *Gedr. St. Kamer* 1991-92, nr. 133/3, 3: '(...) een duidelijk signaal te geven aan diegenen die op jonge leeftijd huwen of die hun kinderen dwingen om op jonge leeftijd te huwen'. R.v.St. nr. 83.166 van 26 oktober 1999, <http://www.raadvst-consetat.be>, vernietigde weliswaar reeds een weigering van gezinshereniging aan een nog minderjarige echtgenote. Die vernietiging steunde evenwel louter op de motivering van de beslissing, die verkeerdelijk was gesteund op de

**13.** Naar Duits recht is weliswaar geen leeftijdsbeperking ingesteld, maar wordt het recht op gezinshereniging voor de huwelijkspartner via andere beperkingen beknot.

De regeling getuigt van een *elsewhere approach*. Eerstegeneratiemigranten die nog geen recht op vestiging genieten, kunnen zich slechts laten vervoegen door hun partner indien het huwelijk dateert van vóór hun eigen binnenkomst en ze reeds bij hun eerste eigen verblijfsaanvraag op het bestaan van dat huwelijk hebben gewezen<sup>20</sup>. Pas vanaf de vestiging gaat een veralgemeend recht op gezinshereniging in, ongeacht wanneer de gezinsband ontstaat.

De tweedegeneratievreemdeling-gezinshereniger met recht op verblijf van onbepaalde duur kan zijn huwelijkspartner naar Duitsland laten overkomen, mits hijzelf meerderjarig is. Zijn vijftienjarige Marokkaanse vrouw bv. kan hem vervoegen.

Wordt een interlandelijk huwelijk aangegaan in de loop van het verblijf in Duitsland, dan zullen de partners van een eerstegeneratiemigrant m.a.w. moeten wachten tot de verblijfhouder een vestigingstitel verwerft, alvorens ze hun gezinsleven zonder verdere voorwaarden samen in Duitsland kunnen aanvangen. Vele vreemdelingen zullen bijgevolg een wachttermijn moeten doorlopen.

**14.** De Duitse verblijfsregeling voorziet weliswaar in een verblijfsmachtiging in het licht van het recht op bescherming van het gezinsleven (met verwijzing naar art. 6 Duitse G.W.), maar vereist daartoe hetzij het bewijs dat de betrokkenen over voldoende bestaansmiddelen en een geschikte woning beschikken<sup>21</sup>, hetzij het bestaan van humanitaire redenen of een politiek belang voor Duitsland om het verblijf op te steunen<sup>22</sup>.

**15.** De Duitse wetgever wil aldus voorkomen dat het huwelijk door een persoon die zélf nog geen sterk verblijfsstatuut heeft, zou worden aangewend als loutere grondslag voor een *recht* op verblijf. De vereiste dat het bestaan van een huwelijk reeds vóór de eigen binnenkomst wordt 'aangegeven', is er vermoedelijk op gericht om te beletten dat een persoon op grond van zijn gezinsleven met een verblijfhouder in Duitsland tot het verblijf zou worden toegelaten, terwijl later blijkt dat hij eigenlijk een sterker familieleven heeft in het buitenland en de gezinshereniging is toegestaan in een situatie die eigenlijk de perken van de huidige bescherming van art. 8 en 12 E.V.R.M., zoals geïnterpreteerd door het

---

'minderjarigheid' van de echtgenote, terwijl art. 10, 4° een leeftijdsvermelding van 18 jaar hanteert. De betreden beslissing berustte op een motivering die niet is opgenomen in art. 10, 4° Vreemdelingenwet, en dus op een onwettig motief.

<sup>20</sup> § 18 Ausländergesetz.

<sup>21</sup> § 29 AuslG.

<sup>22</sup> § 31 AuslG. Het is van geen belang of al dan niet voorafgaandelijk een asielerzoek reeds definitief is afgewezen.

Hof voor de Mensenrechten, te buiten gaat.

**16.** De laatstgenoemde vereiste is o.i. gerechtvaardigd met het oog op een realistisch migratiebeleid. Een huwelijk verleent niet van rechtswege recht op verblijf. Meer nog, gezinsleven verleent dat recht niet steeds. Het is begrijpelijk dat de Staten het verblijf op grond van gezinshereniging beperken tot gezinnen van vreemdelingen die een nauwe band (*connections approach*) met de rechtsorde hebben. Een grotere soepelheid zou de Staat tot aantrekkingspool voor migratie maken.

**17.** Het is o.i. evenwel niet aanbevolen om voorbeeld te nemen aan deze houding t.a.v. nieuw gevormd familieleven. De strijd tegen schijnhuwelijken kan beter geval per geval worden benaderd. Een algemeen verbod op gezinshereniging met een nieuwe huwelijkspartner schendt art. 12 E.V.R.M., zeker in de hypothese dat van de betrokkene redelijkerwijze niet kan worden verwacht dat hij zijn gezinsleven aanvangt of voortzet in een andere Staat. Ook al treft het verbod slechts migranten met een verblijf van minder dan vijf jaar, het is denkbaar dat een inmiddels sterk uitgebouwd gezinsleven in Duitsland het onredelijk zou maken om van de wettige maar onvermogenende verblijfhouder te vereisen dat hij kiest voor hetzij zijn relatie, hetzij een voortzetting van zijn verblijf. Stelt hij de samenwoning uit tot hij zich in Duitsland kan vestigen, dan overtreedt hij een huwelijksplicht. Bovendien keert na afloop van die 'wachtermijn' de ontstentenis van feitelijk gezinsleven zich mogelijk tegen een gezinshereniging<sup>23</sup>. Vervoegt de verblijfhouder zijn echtgenoot in het buitenland, dan komt zijn recht op terugkeer na verloop van tijd in het gedrang en zullen beide partners zich nadien vermoedelijk<sup>24</sup> slechts samen in Duitsland kunnen installeren als ze elk over een zelfstandige verblijfsgrond beschikken.

### B.3. EVALUATIE

**18.** De Belgische Raad van State heeft, in navolging van de wetgever van 1984<sup>25</sup>, geoordeeld dat het verschil in behandeling op grond van nationaliteit dat op deze manier wordt ingesteld tussen familieleden van EU-vreemdelingen en familieleden van derdelanders gerechtvaardigd is<sup>26</sup>. Het verschil in behandeling vindt zijn oorsprong in de assimilatie van familieleden van EU-onderdanen aan

---

<sup>23</sup> Er is ons in dit verband geen Duitse rechtspraak bekend. De Haagse rechter heeft recent evenwel nog het recht op gezinshereniging bevestigd van een echtgenoot die nooit voorheen had samengeleefd met zijn vrouw: Rb. 's Gravenhage 27 februari 2001, *M.R.* (Ndl.) 2001, 205. De vrouw was in Suriname blijven wonen. De man had haar regelmatig opgezocht en verkeerde daar nu, wegens hospitalisatie, niet langer toe in de mogelijkheid. Zijn vrouw bezocht hem minstens tweewekelijks. De soepele houding van de rechter volgt o.i. uit de aanname dat het bestaan van een gezinsband met alle middelen kan worden aangetoond en dat niet bij wet is bepaald dat de gezinshereniging binnen een zekere termijn na de scheiding moet worden aangevraagd.

<sup>24</sup> Het is de vraag of de verblijfsadministratie zal toestaan dat de betrokkene recht geeft op verblijf voor zijn partner, als hij na het huwelijk het land zou verlaten en later op grond van een nieuw verblijfsstatuut Duitsland terug zou binnenkomen.

<sup>25</sup> Commissieverslag, *Gedr. St. Senaat* 1983-84, nr. 660/2, 34.

<sup>26</sup> R.v.St. 23 januari 2001, nr. 92.528, *J.T.* 2001, 451.

EU-onderdanen. Deze assimilatie wordt gerechtvaardigd door de objectieve doelstelling om de effectiviteit van het recht op vrij verkeer te waarborgen.

Ook het voorstel voor een gezinsherenigingsrichtlijn laat leeftijdsbeperkingen toe, voor zover de bovengrens niet hoger ligt dan de meerderjarigheidsleeftijd van de betrokken Staat<sup>27</sup>.

**19.** De Raad van State oordeelde bovendien dat het exhaustieve karakter van de bepaling uitsluit dat de verblijfsinstanties alsnog discretionair een machtiging tot het verblijf zouden kunnen afgeven.

Ook een machtiging in het licht van art. 9, derde lid Vreemdelingenwet, bv. in de hypothese dat het huwelijk rechtsgeldig voor een Belgische instantie is voltrokken, wordt uitgesloten.

Dergelijke correctiemogelijkheid is o.i. nochtans aangewezen, in het licht van art. 8 E.V.R.M. De Dienst Vreemdelingenzaken deelt deze opvatting, legt het oordeel van de Raad van State naast zich neer en verleent vandaag reeds individuele machtigingen tot gezinshereniging op jongere leeftijd<sup>28</sup>.

**20.** We menen dat de correctie best kan worden opgenomen in art. 10 Vreemdelingenwet. De huwelijkspartner is in de hypothese van art. 9 Vreemdelingenwet immers onderworpen aan het discretionaire oordeel van de verblijfsinstanties. O.i. moet elk geldig huwelijk recht kunnen verlenen op gezinshereniging. Situaties van misbruik kunnen achteraf, bv. n.a.v. de samenwoonstcontrole, alsnog worden bestreden<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> PB. C. 27 augustus 2002, afl. 203 E/136 (COM(2002) 225 final – 1999/0285 (CNS)). Zie hierover deel 2C.

<sup>28</sup> Communicatie met de Dienst Vreemdelingenzaken, brief van 17 december 2001 en recente telefonische bevestiging dat deze praktijk wordt voortgezet.

<sup>29</sup> Cf. *supra*, deel 2C en hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste). Zie daarentegen “VLD-voorstellen met betrekking tot de aanpak van de gedwongen huwelijken en schijnhuwelijken”, VLD-persmededeling 23 oktober 2002: voorstel om een leeftijdsvoorwaarde in te schrijven van 21 jaar voor beide partners. “Voor mensen die toch vroeger dan 21 jaar een verblijfsvergunning willen bekomen op basis van huwelijk wordt een bijzondere procedure voorzien via de Minister van Binnenlandse Zaken of door hem gemachtigde ambtenaren die in deze een onderzoek instellen naar de omstandigheden en de wilsinstemming van de partners. Mensen die willen huwen met personen die in ons land geen verblijfsvergunning hebben zullen zo een meer weloverwogen keuze maken, ongeacht of ze dit huwelijk hier of in het buitenland aangaan. Tevens wordt misbruik van het huwelijk om een verblijfsvergunning te bekomen beter voorkomen. Dit voorstel stemt onze wetgeving af op de evolutie die zich voordeed in de meeste ons omringende landen. Het recht op huwen wordt niet aangetast en er verandert zelfs niets aan de actuele situatie voor twee mensen die allebei een wettelijke Belgische verblijfsvergunning hebben. Het voorstel discrimineert ook niet, want de lat wordt voor iedereen ongeacht zijn of haar nationaliteit gelijk gelegd”.

## AFDELING 2. AFSTAMMING EN GEZINSHERENIGING

### A. GEZINSHERENIGING VOOR MINDERJARIGEN OP GROND VAN BIOLOGISCHE OF ADOPTIEVE AFSTAMMING

#### A.1. INLEIDING

**21.** De verhouding tussen volwassenen en kinderen vormt, zoals we reeds aangaven, niet het voorwerp van dit onderzoek. Niettemin achten we het van belang om kort stil te staan bij enkele interacties die optreden tussen het familierechtelijke I.P.R. en het recht van kinderen op gezinshereniging bij hun ouder(s). We doen dit mede omdat de wijze waarop de Belgische rechter omgaat met buitenlandse huwelijksbeletselen rechtstreeks gevolgen heeft voor het recht op gezinshereniging van kinderen die staande het huwelijk zijn geboren. Blijkt dat een buitenlands huwelijk in België niet kan worden erkend, omdat een substantiële grond- of vormvereiste van buitenlands recht niet is nageleefd bij de huwelijksvoltrekking of omdat het huwelijk om een andere reden onze B.I.P.O.O. schendt (bv. een polygaam huwelijk), dan rijst de vraag welke gevolgen deze weigering van erkenning heeft t.a.v. de kinderen die inmiddels staande het huwelijk zijn geboren.

**22.** Naar Belgisch recht geldt de regel dat de kinderen steeds het voordeel van een putatief huwelijk genieten (art. 202 B.W.). Hun (huwelijkse) afstamming bv. zal niet in het gedrang komen door de nietigheid van het huwelijk dat eraan ten grondslag ligt. De vaderschapsregel kan voort blijven gelden. Treedt geen betwisting ervan op, dan kan de afstammingsband blijven voortbestaan, ook als de echtgenoot niet de biologische vader is.

**23.** Bepaalde buitenlandse rechtsstelsels voorzien daarentegen niet in dergelijke bescherming voor het kind<sup>30</sup>. Vervalt het huwelijk, dan vervalt de huwelijkse afstammingsband en daarmee ook het recht op gezinshereniging. Slechts als het kind wordt erkend, staat zijn afstammingsband vast. Het verliest mogelijk zijn voordelen voor het verleden. Een kennelijk leugenachtige erkenning zal overigens worden geweigerd.

**24.** De wijze waarop de Belgische rechter omgaat met de regeling van art. 202 B.W., meer bepaald de vraag of hij die bepaling toepast op elk kind, ongeacht zijn nationaliteit<sup>31</sup>, kan m.a.w. bepalend zijn voor de invulling van het recht op

---

<sup>30</sup> O.m. het Marokkaanse familierecht behoudt dat voordeel algemeen voor aan de betrokkenen bij een huwelijk dat te goeder trouw is aangegaan. I.t.t. o.m. art. 40 Algerijnse Familiewet, art. 341 Egyptisch Hanafitisch wetboek inzake personen- en erfrecht.

<sup>31</sup> Reeds toegekend in: Rb. Brussel 7 oktober 1986, *T.B.B.R.* 1988, 455; Rb. Antwerpen 2 november 1983, *Rev. dr. étr.* 1985, 34; Rb. Brussel 22 september 1980, *Pas.* 1980, III, 54. Zie ook voorstel: P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 351 Dit gebeurde overigens reeds n.a.v. huwelijken die om redenen van openbare orde zijn nietigverklaard, m.n. bij

gezinshereniging.

**25.** We staan hierna stil bij volgende vragen, die eveneens voortvloeien uit de interactie tussen familierecht en verblijfsrecht:

- in hoeverre kan Belgisch I.P.R. (via zijn toepassing door een ambtenaar van de burgerlijke stand of door een rechter) mee bepalen welke kinderen aanspraak hebben op gezinshereniging (vraag naar de omgang met een verbod op vaststelling van de buitenhuwelijkse afstamming; vraag naar de omgang met een afstammingsband die is vastgesteld in overtreding van bepaalde wettelijke normen)?

- in hoeverre is het recht op gezinshereniging voor kinderen afgestemd op hun personeel statuut (vraag naar de maximumleeftijd voor gezinshereniging)?

## **A.2. INVLOED VAN BELGISCH I.P.R. OP HET RECHT OP GEZINSHERENIGING**

**26.** I.P.R.-beslissingen inzake afstamming kunnen in een concreet geval invloed hebben op verblijfsrechtelijke aanspraken.

**27.** Staat een buitenlands afstammingsbeletsel de vaststelling van een afstammingsband in de weg, maar wordt dat beletsel door de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of door de I.P.R.-rechter buiten toepassing verklaard wegens strijdig met de openbare orde (bv. een algemeen verbod om buitenhuwelijkse afstamming vast te stellen, wegens discriminatoir op grond van afstamming), dan kan de afstamming mogelijk alsnog in België worden vastgesteld. Het kind zal vervolgens, mits het voldoet aan de leeftijdsvoorwaarde, aanspraak kunnen maken op gezinshereniging.

**28.** De wijze waarop een afstammingsband wordt beoordeeld die is vastgesteld in overtreding van een buitenlands beletsel is eveneens doorslaggevend voor het recht op gezinshereniging.

**29.** Wordt geweigerd om de biologische of volle adoptieve afstammingsband te erkennen, omdat de overtreden vereisten als substantieel worden beoordeeld, dan is geen gezinshereniging op grond van afstamming mogelijk<sup>32</sup>.

**30.** Wordt daarentegen soepel omgegaan met de overtreding, bv. door te oordelen dat het buitenlandse beletsel inderdaad niet had moeten worden toegepast, omdat het de openbare orde schendt, dan kan de afstammingsband

---

polygamie, voor zover geen Belg in de rechtsverhouding was betrokken: Brussel 26 oktober 1983, *Rev. dr. étr.* 1985, 153; F. RIGAUX, o.c., I, nr. 518-519.

<sup>32</sup> Art. 5, eerste lid, b Ontwerp gezinsherenigingsrichtlijn COM (1999) 638def (meest recente versie: *PB. C.* 27 augustus 2002, afl. 203 E/136, COM(2002) 225 final – 1999/0285 (CNS)); H. STAPLES, "Wie is familielid volgens het Europese recht?", *F.J.R.* 2000, 82-90.



alsnog een recht op gezinshereniging ressorteren. In het land van herkomst wordt weliswaar niet aangenomen dat de betrokkenen verwant zijn. De toelating tot het verblijf zal de confrontatie met een hinkende rechtspositie evenwel inperken.

**31.** Eveneens bepalend is de wijze waarop binnen het familierechtelijke I.P.R. wordt omgegaan met sluiptwegen naar buitenlands recht om feitelijk gezinsleven tussen een volwassene en een kind een wettelijke grondslag te verlenen door een (fictieve) afstammingsband vast te stellen. Voorbeelden hiervan zijn de vaderschapsverklaring (*iqrar*) in meerdere islamitische rechtsstelsels<sup>33</sup>, de zogenaamde *de facto*-adoptie (een vorm van onderschuiving waarbij een kind van een derde het statuut van huwelijks kind wordt verleend)<sup>34</sup> of de techniek van

<sup>33</sup> We hebben weet van drie uitspraken van de Belgische I.P.R.-rechter inzake *iqrar*. Telkens werden aan de erkenning van vaderschap rechtsgevolgen verleend, mits de moeder en zelfverklearde vader minstens achteraf waren gehuwd: Rb. Brussel 9 november 1982, A.R. 143.779, en Rb. Brussel 12 mei 1982, A.R. 67.856, beide *onuitg.*, *aangeh. in* F. BALLION, *I.c.* 1989, 87. Weigering door Rb. Brussel 15 november 1983, A.R. 81.768, *onuitg.*, *I.c.*, wegens huwelijksbeletsel tussen de verklaarder en de moeder van het kind. We vonden in dit verband hoofdzakelijk Duitse literatuur. Bepaalde Duitse auteurs en rechters assimileren *iqrar* met de bevestiging van een wettige afstamming (declaratief) (o.m. H. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, o.c., 1987, 621; C. KOHLER en W. WENGLER, *Das Vaterschaftsanerkennnis im Islamrecht und seine Bedeutung für das deutsche internationale Privatrecht*, Paderborn, Schöningh, 1976, 105; B. MENHOFER, *I.c.*, 369; STAUDINGER-HENRICH, *Internationales Privatrecht*, 10/11, 1988, "Art. 21 EGBGB", noot 89 (*iqrar* bevestigt het bestaan van rechten en verplichtingen); W. WENGLER, "Die Qualifikation der Vaterschaftsanerkennung unter dem Islamrecht im I.P.R.", *Juristische Rundschau* 1973, 488; W. WENGLER en C. KOHLER, "Das Vaterschaftsanerkennnis des Islamrechts in der neueren Rechtsprechung", *Das Standesamt* 1978, 176; C. KOHLER, "Erwerb und Beweis der väterlichen Abstammung nach jordanisch-islamischem Recht. Einige Zweifelsfragen", *IPRax*. 1983, 173; C. KOHLER, *Das Vaterschaftsanerkennnis im Islamrecht und seine Bedeutung für das Deutsche internationale Privatrecht*, Paderborn, 1976, 92), anderen met adoptie (OLG Hamm 30 november 1970, *StAZ.* 1971, 111; S. ALDEEB en A. BONOMI (ed.), o.c., 254), nog anderen met wettiging (constitutief) (BGH 14 januari 1971, *IPRspr.* 1971, nr. 101, 307; BGH 26 oktober 1977, *BGHZ* 69, 387; OLG Düsseldorf 23 januari 1976, *IPRspr.* 1976, nr. 99. Zie ook wetsvoorstel bondsregering: Gesetzentwurf der Bundesregierung, *BT-Drs* 10/504, 70, *aangeh. in* S. ALDEEB en A. BONOMI (1999), 245. Zie ook K. DILGER, "Das Vaterschaftsanerkennnis des islamischen Rechts in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshof", *StAZ.* 1978, 238.).

<sup>34</sup> Een techniek tot vaststelling van de afstamming die voornamelijk in Latijns-Amerika en Azië wordt gehanteerd (o.m. Bolivia, Brazilië, Colombië, Chili, Ecuador, Maleisië, Mexico, Panama, Peru, Uruguay en Korea), bestaat erin een vreemd kind als eigen kind bij de burgerlijke stand te laten registreren. Hierover o.m. G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995, 93 en 95; E.-M. HOHNERLEIN, *Internationale Adoption und Kindeswohl. Die Rechtslage von Adoptivkindern aus der dritten Welt in der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Ländern*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, 173. De getuigenis van twee personen volstaat daartoe in o.m. Colombia, Ecuador en Mexico (o.m. art. 29 Ecuadoriaanse Ley de registro civil nr. 278 van 2 april 1976, mits de aangifte binnen dertig dagen na de geboorte gebeurt; art. 49 Colombiaans Decreet nr. 1260 van 27 juli 1970).

Over onderschuiving in Afrika: R. VERDIER, "Customary Family Law", in M.A. GLENDON (ed.), *Persons and family, The family in religious and customary laws, reeks International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1983, nr. 231: systematisch als adoptie benoemd

Ook in islamitische Staten wordt deze techniek aangewend om toe te laten dat een gehuwd koppel het kind van een derde het statuut van eigen huwelijks kind verleent: L. BUSKENS (1999), 481-485; S. ALDEEB en A. BONOMI (1999), 232. Twee technieken zijn denkbaar: ofwel wordt

het ingeslapen kind<sup>35</sup>. Deze afstammingsbanden zijn vaak leugenachtig.

**32.** Sluit de Belgische I.P.R.-rechter of verblijfsadministratie zich aan bij de toelating van deze afstammingsband naar buitenlands recht, dan geniet het (onechte) kind recht op gezinshereniging. Treedt de Belgische rechter of administratie<sup>36</sup> daarentegen streng op tegen leugenachtige erkenningen en andere leugenachtige rechtshandelingen, dan ziet een buitenlands kind de erkenning van zijn afstammingsband en daarmee ook gezinshereniging geweigerd.

**33.** Tenslotte beïnvloedt het Belgische I.P.R. ook op rechtstreekse wijze de potentiële uitgebreidheid van de aanspraak op gezinshereniging: de I.P.R.-bepalingen inzake adoptie geven aan in hoeverre vreemdelingen, in afwijking van hun personele recht, via adoptie alsnog een afstammingsband kunnen vaststellen en vervolgens aanspraak kunnen maken op gezinshereniging.

### **A.3. DE MAXIMUMLEEFTIJD VOOR GEZINSHERENIGING ALS KIND. OVER DE ONGELIJKE BEHANDELING VAN E.U.-VREEMDELIJEN EN GELIJKGESTELDEN ENERZIJD EN DERDELANDERS ANDERZIJD, VAN DERDELANDERS ONDERLING EN VAN E.U.-VREEMDELIJEN EN GELIJKGESTELDEN ONDERLING**

#### **A.3.A. INLEIDING**

**34.** Los van deze invloed van het familierecht, speelt in het gezinsherenigingsrecht inzake afstamming tevens een eigen dynamiek. Deze is gericht op een inperking van de migratiestroom. De kinderen van de meeste derdelanders die wettig verblijf houden in België genieten slechts recht op gezinshereniging tot ze achttien jaar oud zijn.

**35.** Niet alleen wordt daarmee een ongelijke behandeling ingesteld op grond van nationaliteit in vergelijking met kinderen van een EU-onderdaan of van een bevoorrechte derdelander. Ook en bovenal ontstaat daardoor de situatie dat een geldige afstammingsband aan bepaalde minderjarige vreemdelingen geen recht op gezinshereniging verleent, ook al zijn de kinderen nog ten laste van hun ouder.

**36.** We staan nader stil bij de huidige regeling en formuleren enkele bedenkingen.

---

een weeskind zonder meer geregistreerd als kind van een vermogend koppel, ofwel wordt een beroep gedaan op magie. Een onvruchtbare vrouw brengt enkele nachten door in een kamertje dat wordt gehuurd van mannelijke nazaten van een bepaalde heilige. In haar slaap wordt ze door die heilige bezocht, die haar vruchtbaarheid schenkt.

<sup>35</sup> L. BUSKENS, o.c., 485.

<sup>36</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2, evenwel onze opvatting dat de Dienst Vreemdelingenzaken best niet op eigen initiatief uitspraak doet over de burgerrechtelijke geldigheid van een element van de personele staat.

### **A.3.B. DE VERSCHILLENDE BEHANDELING VAN DERDELANDERS ONDERLING OP GROND VAN EEN BILATERALE OVEREENKOMST OF VAN HET VERBLIJFSSTATUUT VAN DE RECHTGEVENDE**

#### **\* De gemeenrechtelijke regeling**

**37.** Art. 10 Vreemdelingenwet stelt t.a.v. kinderen van derdelanders een leeftijdsbeperking in: ze genieten slechts recht op gezinshereniging tot ze achttien jaar oud zijn<sup>37</sup>.

**38.** Een kind, ouder dan achttien jaar, dat naar zijn nationale recht nog steeds minderjarig is, en nog, zowel naar dat personele recht als in de feiten, ten laste is van zijn ouder(s), geniet geen recht op gezinshereniging en kan slechts met inroeping van humanitaire omstandigheden (art. 9 Vreemdelingenwet) of van het recht op bescherming van zijn familieleden (art. 8 E.V.R.M.)<sup>38</sup> hopen dat het alsnog tot het verblijf wordt gemachtigd<sup>39</sup>.

De problematiek van het beperkte recht op gezinshereniging rijst o.m. m.b.t. de kinderen van vluchtelingen. Vervoegen die de kandidaat-vluchteling niet van bij de aanvang, dan is het denkbaar dat de procedure van de ontvankelijkverklaring

---

<sup>37</sup> Deze leeftijdsgrens is bepaald op een ogenblik waarop Belgische kinderen nog minderjarig waren tot de leeftijd van 21 jaar.

<sup>38</sup> Zie ook BverwG. 4 oktober 1982, *InfAusIR*. 1982, 271: toelating tot terugkeer voor een Turks meisje dat het grootste deel van haar leven met haar ouders in Duitsland had geleefd na een mislukte relatie in Turkije. Zie evenwel de strenge beoordeling ter zake door de mogelijke inroeping van de bescherming van de nationale arbeidsmarkt als rechtvaardigingscriterium. Rechtspraak in de andere Lidstaten blijkt evenzeer vage criteria te hanteren. C.E. fr. 23 februari 1990, arrest El-Asri, nr. 89.275, *Gaz. Pal.* 3 mei 1990, nr. 122-123, *lettre de jurisprudence*, p. 4, *Databank Jurisclasseur*, *Databank Jurisdata*, nr. 1990-640802, steunde zijn weigering op de leeftijd van de betrokkene op het ogenblik van de uitspraak, niet op het ogenblik van de aanvraag (de Raad maakte uitzondering voor de hypothese dat de rechtgevende reeds twee jaar in Frankrijk verbleef op het ogenblik dat uitspraak werd gedaan over de vordering). Wél werd een meerderjarig meisje alsnog toegelaten, omdat ze voorheen niet was kunnen overkomen wegens de zorg voor haar grootmoeder: C.E. fr., arrest-Hadad, 26 juli 1991, *Rec. Lebon* 1991, 984.

<sup>39</sup> Deze beperking staat in *contrast* met de regeling voor derdelanders die een tijdelijk ontheemdenstatuut genieten. Zo blijkt bv. uit de voormalige omzendbrief van 17 mei 1999 betreffende de Kosovaarse familieleden van in België verblijvende personen (B.S. 18 juni 1999), dat de Belgische wetgever in bepaalde omstandigheden wél rekening houdt met de bepalingen van het nationale recht van de betrokkene. Het recht om België binnen te komen, werd verleend aan de echtgeno(o)t(e) en alle familieleden in rechte lijn van een referentiepersoon die Kosovo ontvlucht waren. "Teneinde de eenheid van de gezinnen maximaal te bewaren waar dat ook effectief nodig is", werd ook een visum of een machtiging gegeven aan de – ook meerderjarige – verwanten in de tweede graad van een referentiepersoon (*i.e.* broer en zus), alsmede hun minderjarige descendenten die hen begeleiden, op voorwaarde dat ze geen echtgenoot of levenspartner hadden, dat ze vergezeld waren van de ouder(s) die ze met de referentiepersoon gemeen hadden, en dat ze nog van deze ouders afhankelijk waren. "Het feit dat de betrokkenen inwonen bij de ouders kan een indicatie zijn van het feit dat ze nog van hen afhankelijk zijn, maar is op zich niet beslissend". De soepelheid van de regeling hing vermoedelijk mede samen met haar tijdelijke karakter (opheffing bij Omz. van 2 september 1999 betreffende de opheffing van het bijzonder statuut van tijdelijke bescherming voor Kosovaren, B.S. 11 september 1999).

zolang aansleept, dat het kind op het ogenblik van de ontvankelijkverklaring reeds te oud is om nog in aanmerking te komen voor gezinshereniging<sup>40</sup>.

De Conventie van Genève bevat de aanbeveling dat de familie van de vluchteling zou worden beschermd zodra het gezinshoofd alle voorwaarden voor erkenning vervult. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ook het recht op gezinshereniging declaratief is, of beter: constitutief is vanaf de ontvankelijkheid van de aanvraag (of mogelijk reeds de indiening van het verzoek, als dat achteraf gegrond blijkt te zijn). De wetgever heeft hier geen rekening mee gehouden.

### \* *Bevoorrechte derdelanders*

**39.** Bepaalde derdelanders, m.n. zij die het kind zijn van een vreemdeling die de toepassing geniet van een arbeidsmigratieverdrag<sup>41</sup> of die het kind zijn van (de huwelijkspartner van) een bevoorrechte EER-onderdaan, genieten het voorrecht dat op hen wél de eigen meerderjarigheidleeftijd wordt toegepast.

**40.** Kinderen van werknemers met één van de betreffende nationaliteiten en met een minimale tewerkstellingstermijn van één<sup>42</sup>, hetzij drie<sup>43</sup> maand kunnen een recht op gezinshereniging laten gelden zolang ze in toepassing van hun *lex patriae* minderjarig zijn. Kinderen van Marokkanen en Turken kunnen zich bijgevolg tot de leeftijd van twintig jaar bij hun tewerkgestelde ouder voegen; kinderen van een Algerijn kunnen dat tot hun negentiende verjaardag<sup>44</sup>.

**41.** Kinderen van (de huwelijkspartner van) een bevoorrechte E.E.R.-onderdaan genieten de bijzondere regeling voor gezinshereniging die hen toelaat om tot de leeftijd van 21 jaar en erna zolang ze ten laste zijn, hun ouder<sup>45</sup>(s) te vervoegen

<sup>40</sup> M. NYS (2002), 195.

<sup>41</sup> Bij de vaststelling van de leeftijdsgrens voor derdelanders op 18 jaar, heeft de minister tegen het argument dat bepaalde derdelanders bij bilateraal Verdrag werden bevoorrecht opgeworpen dat deze Verdragen niet voor onbepaalde duur waren gesloten (Commissieverslag bij Ontwerp van wet betreffende sommige aspecten van de toestand van de vreemdelingen en houdende invoering van het wetboek van de Belgische nationaliteit, *Gedr. St. Senaat* 1983-84, nr. 660/2, 29). Ze blijven evenwel gelden tot op vandaag.

<sup>42</sup> Voor Turkse werknemers: art. 11 Akkoord.

<sup>43</sup> Voor Marokkaanse (bevestigd door R.v.St. 15 juli 1992, *Rev. dr. étr.* 1992, 300), Algerijnse, Tunesische en Joegoslavische werknemers (resp. art. 13, art. 14, art. 13 en art. 14 van de resp. akkoorden).

<sup>44</sup> Zie hierover: R.v.St. 28 oktober 1988, nr. 31.285, arrest-El Mahi, *Arr. R.v.St.* 1998; R.v.St. 24 mei 1993, arrest-Ferhati, *Arr. R.v.St.* 1993.

<sup>45</sup> Heeft het kind nog een ouder in het herkomstland, dan zal gezinshereniging evenwel slechts worden toegestaan als het kind onder het recht van materiële bewaring staat van de ouder die in België verblijft of als de andere ouder heeft ingestemd met zijn vertrek (Franstalige Kamer: R.v.St. nr. 26.853, 23 juli 1986, *R.A.C.E.* 1986 (ook louter tijdelijk gezag volstaat, mits het vrijwillig is toevertrouwd); R.v.St. nr. 89.642 van 18 september 2000, *A.P.M.* 2000, 161). Zie ook P. GARONNE, *La libre circulation des personnes*, 39, die voor EU-onderdanen een dergelijk recht afleidt uit art. 7 pt. 2 regl. 1612/68). Er bestaat ter zake overigens uiteenlopende rechtspraak van de Raad van State. De Nederlandstalige Kamer van de R.v.St. neemt evenwel slechts genoegen met de eerste hypothese, de situatie dat het kind juridisch onder materiële bewaring staat van de ouder die vervoegd wil worden (R.v.St. 26 november 1992, nr. 41.175, *R.A.C.E.* 1992; R.v.St. nr. 26.853, 23 juli 1991, *Internet*; R.v.St. 26 juni 1990, nr. 35.273, *Internet*; R.v.St. nr. 25.109, 7 maart 1985, *R.A.C.E.* 1985; R.v.St. nr. 24.764, 25 oktober 1984, *Arr. R.v.St.* 1984, 1990).

(*cf. infra*).

42. T.b.v. onderdanen van een Verdragsstaat bij het Europees Sociaal Handvest die niet tot de E.U. (E.E.R.) behoort<sup>46</sup>, geldt overigens een leeftijdsgrens van 21 jaar, mits bewezen wordt dat de kinderen nog ten laste zijn.

### **A.3.C. DE VERSCHILLENDE BEHANDELING VAN DERDELANDERS ENERZIJD EN E.U.-VREEMDELINGEN EN GELIJKGESTELDEN ANDERZIJD, EN DE ONDERLING VERSCHILLENDE BEHANDELING VAN DE VERSCHILLENDE CATEGORIEËN VAN E.U.-VREEMDELINGEN EN GELIJKGESTELDEN**

43. Ook voor E.U.-onderdanen is de regeling niet eenduidig. Enerzijds wordt geen absolute beperking gesteld op de leeftijd tot dewelke kinderen van EER-onderdanen aanspraak kunnen maken op gezinshereniging. Anderzijds zien niet alle minderjarige kinderen van EU-vreemdelingen en gelijkgestelden in de praktijk hun recht op gezinshereniging gewaarborgd. Naargelang van de situatie van de rechtgevende is een verschil in behandeling ingesteld, waardoor aan sommigen wél en aan anderen weer niet bijkomende vereisten worden opgelegd, zoals o.m. de vereiste dat de verzoekers ten laste zijn en dat de rechtgevende over voldoende bestaansmiddelen en een geschikte huisvesting beschikt. Kinderen van economisch actieve EER-vreemdelingen of hun partner genieten een onvoorwaardelijk recht op gezinshereniging mits ze hetzij jonger dan 21 jaar, hetzij ten laste zijn<sup>47</sup>. Is de rechtgevende ouder niet economisch actief – heeft hij een beroepswerkzaamheid in de Gemeenschap beëindigd, is hij student of behoort hij tot de restcategorie van art. 40, § 2, 6° Vreemdelingenwet –, dan is het kind weliswaar evenmin onderworpen aan een leeftijdsbeperking, maar dient wel steeds te worden bewezen dat het ten laste is en dat aan een aantal financiële voorwaarden is voldaan.

---

Art. 5.1.c Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, door de Commissie overeenkomstig artikel 250, lid 2 van het EG-verdrag ingediend op 11 juni 2001 (meest recente versie: *PB. C.* 27 augustus 2002, afl. 203 E/136, COM(2002) 225 final – 1999/0285 (CNS)). vereist dat de verzoeker of zijn echtgenoot die de ouder is van de kinderen "het gezag over de kinderen heeft en dezen ten laste van deze persoon komen; wordt het gezag gedeeld, dan is toestemming van de andere ouder nodig". Deze bepaling is onduidelijk wat de invulling van de notie 'gezag' betreft. Wordt gewoonweg 'ouderlijk gezag' bedoeld, dan kan de ouder met hoederecht (recht van materiële bewaring) zijn toestemming geven aan de andere ouder. Wordt verwezen naar alle prerogatieven van het ouderlijk gezag, en dus ook het hoederecht, dan is gezinshereniging slechts mogelijk bij co-ouderschap. Zie ook Nederlandse (Rb. 's-Gravenhage, zp. Amsterdam, 19 juni 1999, *Nemesis rechtspraak* (Ndl.) 2000, nr. 2, 18), Duitse en Engelse rechtspraak. Door de laatste twee wordt vereist dat de verzoeker de exclusieve uitoefening heeft van het ouderlijke gezag: GISTI, o.c., 1993, 52. In Frankrijk wordt naast een (minstens gedeeltelijke) uitoefening van het ouderlijk gezag, vereist dat de ouder mee voorziet in het onderhoud van het kind, zij het verhoudingsgewijs met zijn middelen: F. MONEGER, "L'étranger parent d'un enfant français. Le droit des étrangers au respect de leur vie privée et familiale (art. 8 CEDH)", in H. FULCHIRON (ed.), o.c., 197.

<sup>46</sup> I.e. Malta, Turkije, IJsland en Noorwegen.

<sup>47</sup> Zie o.m. H.v.J. 4 mei 1995, arrest-Gaal, nr. C-7/94, *Arr. H.v.J.* 1995, I-1031, § 17.

#### A.4. DE LEEFTIJDSGRENS NAAR NEDERLANDS, FRANS EN DUIJS RECHT

44. Ook naar Nederlands<sup>48</sup> en Frans gezinsherenigingsrecht<sup>49</sup> wordt t.a.v. niet-bevoorrechte derdelanders een leeftijdsgrens van 18 jaar gesteld. Naar Nederlands recht wordt bovendien geen onderscheid gemaakt naargelang de rechtgevende een derdelander of een EER-onderdaan is<sup>50</sup>.

45. In het Franse recht vinden we een gelijkaardige opdeling tussen bevoorrechte en niet-bevoorrechte categorieën terug als naar Belgisch recht<sup>51</sup>. Het Frans-Algerijnse akkoord<sup>52</sup> stelt een afwijking in: Algerijnse meisjes genieten tot hun

<sup>48</sup> Dit volgt uit een samenlezing van art. 3.14 en art. 1.1, sub e Vb.: "minderjarigheid: hetgeen daaronder wordt verstaan in artikel 233 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek". Dat komt voornamelijk neer op achttien jaar, tenzij voorheen reeds ontvoogding door (vroeger) huwelijk of geregistreerd partnerschap heeft plaatsgevonden: J. KLEIJNE, *Artikelsgewijs commentaar op de Vreemdelingenwet 2000 en het Vreemdelingenbesluit 2000*, Deventer, Kluwer, 2001, 399.

<sup>49</sup> Art. 29, I, Ordonnance 1945.

<sup>50</sup> Wel is recent een indirecte omgekeerde wachttermijn ingesteld t.a.v. de ouder die zijn kind wil laten overkomen. Voortaan dient hij zijn verzoek binnen een termijn van vijf jaar na het ogenblik van de scheiding te formuleren (TBV 2002/4 van 25 februari 2002, "Feitelijke gezinsband bij toelating van minderjarige kinderen", *Stc.* 22 maart 2002, ook *weergeg. in M.R.* 2002, 57-58. De regeling bekrachtigt de Notitie van de Staatssecretaris van 29 oktober 2001 aan de Tweede Kamer over de toepassing van het criterium feitelijke gezinsband bij de toelating van minderjarige kinderen, *T.K.* 2001-2003, 26.732, nr. 98). Nadien wordt nog slechts in een beperkt aantal hypothesen aangenomen dat het gezinsleven niettemin is blijven voortbestaan. Naar aanleiding van deze regeling is de vraag gerezen welke werking kan worden toegekend aan de bepalingen van het I.V.R.K. inzake het recht om door zijn ouders opgevoed te worden, het recht op gezinshereniging (art. 10) en het recht van het kind om gehoord te worden in zaken die hem aanbelangen (art. 12). Hierover: R.B., "Notitie over de toepassing van het criterium feitelijke gezinsverband bij de toelating van minderjarige kinderen", *M.R.* (Ndl.) 2001, 279; S. VAN WALSUM, "Commentaar bij TBV 2002/4: feitelijke gezinsband. 'An unfair balance'", *M.R.* 2002, 55. De regeling is alvast voordelig voor de vreemdeling, daar waar ze het onweerlegbare vermoeden schept dat binnen die termijn van vijf jaar de gezinsband intact is gebleven, tenzij het kind inmiddels gehuwd zou zijn of een geregistreerd partnerschap zou zijn aangegaan. Na verloop van de termijn volstaat evenwel niet dat het bewijs wordt geleverd van het voortbestaan van de familieband. Slechts twee omstandigheden zullen alsnog toestaan dat een gezinshereniging plaatsvindt: het bewijs dat voor het kind geen aanvaardbare toekomst in het land van herkomst is weggelegd, m.n. omdat het niet of bezwaarlijk door een daar wonende bloed- of aanverwant kan worden verzorgd, of het bewijs dat het kind voorheen onvindbaar was wegens een oorlogssituatie in het land van herkomst, ondanks herhaalde pogingen daartoe. De bewijslast rust op de verzoekende ouder. Bij de berekening van de termijn wordt geen rekening gehouden met illegaal verblijf van het kind in Nederland. Dat is enerzijds begrijpelijk, aangezien een andere houding vreemdelingen zou aanmoedigen tot illegaal verblijf. Anderzijds gaat deze beperking in tegen de doelstelling van het onderzoek. Deze bestaat erin na te gaan of de feitelijke gezinsband is behouden. Heeft het kind de afgelopen twee jaar in Nederland verbleven bij de verzoekende ouder, dan kan een verblijfsweigering moeilijk worden geargumenteed a.h.v. de stelling dat de band is verbroken en dat het kind reeds tezeer is geworteld in het land van herkomst. De nieuwe regeling hanteert deze weigeringsgrond niettemin zonder enige nuance<sup>50</sup>. In het licht van art. 8 E.V.R.M. zal de rechter ongetwijfeld meermaals moeten afwijken van de toepassing ervan.

<sup>51</sup> Hierover o.m. P. KAYSER, "Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", *J.C.P.* 1993, 3679, 237.

<sup>52</sup> Décret n° 86-320 van 7 maart 1986 "portant publication du premier avenant à l'accord du 27

eenentwintigste verjaardag recht op gezinshereniging. Algerijnse jongens zien hun recht dan weer beperkt tot zeventien jaar<sup>53</sup>.

46. § 20, tweede lid van het Duitse *Ausländergesetz* stelt voor gezinshereniging als kind algemeen, zonder onderscheid op grond van nationaliteit, zestien jaar voorop als grens. Dit is de minimumgrens die staat aangegeven in § 8 van de Europese Gezinsherenigingsresolutie van 1993. Ze is in beginsel van toepassing<sup>54</sup>.

47. Een uitzondering wordt gemaakt voor het geval dat de rechtgevende over een *Aufenthaltsbewilligung* beschikt, *i.e.* een toelating tot het verblijf voor een welbepaalde, in de tijd beperkte doelstelling (bv. studie), met een geldigheidsduur van hoogstens twee jaar (verlengbaar met twee jaar). In deze omstandigheden kan gezinshereniging tot op achttien jaar worden toegestaan. De verblijfstitel die daartoe wordt uitgereikt, kan evenwel op termijn geenzins recht geven op voortgezet verblijf.

48. Ook een vreemdeling met een *Aufenthaltsbefugnis*, een toelating tot het verblijf voor twee jaar (verlengbaar) wegens humanitaire of politieke redenen, kan zijn kinderen tot de leeftijd van achttien jaar laten overkomen. Een *Aufenthaltsbefugnis* geeft na acht jaar verblijf recht op een toelating tot verblijf voor onbeperkte duur.

49. Daarnaast genieten kinderen van erkende vluchtelingen recht op gezinshereniging tot de leeftijd van achttien jaar, mits ze ten laste zijn<sup>55</sup>.

50. Naast deze drie algemene afwijkingen, voorziet § 20, vierde lid *Ausländergesetz* in de mogelijkheid om het kind in bepaalde omstandigheden nog na de leeftijd van zestien jaar te machtigen tot gezinshereniging, mits het aangeeft zich gemakkelijk te zullen integreren of mits er ernstige redenen zijn om een machtiging toe te staan. De administratie beslist evenwel discretionair over hun lot, op grond van o.m. de integratiekansen en de taalkennis.

---

décembre 1968 entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles et à son protocole annexe, signé à Alger le 22 décembre 1985 (ensemble un protocole et un échange de lettres)", *J.O.* 8 maart 1986.

<sup>53</sup> Het lijkt erop dat deze laatste, i.t.t. naar Belgisch recht, geen beroep kunnen doen op de regeling naar gemeen recht, die de leeftijdsgrens vaststelt op achttien jaar: art. 2 Ordonn. nr. 45-2658 van 2 november 1945 "relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration": "Les étrangers sont, en ce qui concerne leur entrée et leur séjour en France, soumis aux dispositions de la présente ordonnance, sous réserve des conventions internationales ou des lois et règlements spéciaux y apportant dérogation".

<sup>54</sup> Tenzij een bilateraal akkoord terzake bepalingen bevat of een turks onderdaan betrokken is (het EU-Associatieverdrag met Turkije laat toe dat de toelating tot het verblijf niet automatisch wordt verleend, maar slechts onder de voorwaarden van het nationale recht: o.m. H.v.J. 6 juni 1995, arrest-Bozkurt, *Jur. H.v.J.* 1996, I, 1475; VGH Baden-Württemberg 29 januari 1992, *InfAuslR.* 1992, 127, noot GUTMANN; VGH Hesse 23 september 1993, *InfAuslR.* 1993, 91).

<sup>55</sup> § 20, eerste lid *AuslG*.

51. Er gaan momenteel in Duitsland stemmen op voor een drastische inperking van de leeftijdsgrens voor gezinshereniging tot zes<sup>56</sup> of acht<sup>57</sup> jaar. Het argument dat daarbij wordt gehanteerd, is dat een optimale integratie een volledige schoolgang van het kind in het land vergt. Het tegenargument dat ouders een onderhoudsplicht hebben t.a.v. hun minderjarige kinderen, staat hier volgens meerdere auteurs niet aan in de weg, aangezien deze plicht eveneens op afstand kan worden vervuld.

52. We gaven hierboven reeds aan dat dergelijke opvatting in strijd is met o.m. de bescherming die het I.V.R.K. instelt<sup>58</sup>.

## A.5. LEEFTIJDSEBEGRENSINGEN NAAR EUROPEES EN INTERNATIONAAL RECHT

53. De bepaling in art. 40 Vreemdelingenwet van de 'verblijfsrechtelijke' meerderjarigheidsleeftijd op 21 jaar, is ingegeven door art. 10 Richtl. 1612/68 van 15 oktober 1968<sup>59</sup> en het Europees Sociaal Handvest van 1961<sup>60</sup>.

54. Bij de actualisering van het Handvest (E.S.H.) in 1996 werd de leeftijdsgrens voor gezinshereniging voor de kinderen teruggebracht van 21 tot 18 jaar. Het Comité van experts stemde hierin toe onder de voorwaarde dat de administratieve praktijk zou blijven toelaten dat jongeren tussen 18 en 21 jaar alsnog volgens redelijke criteria een aanspraak zouden kunnen maken op gezinshereniging. De leeftijdsverstrenging was evenwel onmiskenbaar ingegeven door de doelstelling om een wettelijke grondslag te verlenen aan de reeds bestaande praktijk van meerdere Lidstaten om via een internrechtelijke verstrenging van hun leeftijdsgrenzen jongeren tussen 18 en 21 jaar de indruk te geven dat het geen nut heeft om om gezinshereniging te verzoeken<sup>61</sup>. De

<sup>56</sup> Rapport Duitse parlementaire Commissie Ausländerpolitik van 24 februari 1983, 90. Hierover ook: K.-G. MEYER-TESCHENDORF, "Herabsetzung der Altershöchstgrenze für den Kindernachzug auf 6 Jahre – Verstoss gegen Grundrechte?", *Z.R.P.* 1987, 149. Algemeen overzicht: H. QUARITSCH, "Kindernachzug und Art. 6 GG", *N.J.W.* 1984, 2731, noot 11.

<sup>57</sup> Verklaring Duitse Minister van Jeugd, Familie en Gezondheid, *De Morgen* 30 mei 2002, 10.

<sup>58</sup> *Cf. supra*, deel 2C.

<sup>59</sup> Ook Richtl. 68/360 van 15 oktober 1968 en Verord. 1251/70 van 29 juni 1970 verwijzen naar deze leeftijdsgrens, door een expliciete verwijzing naar art. 10 Verord. 1612/68. Richtl. 72/194 van 18 mei 1972 verwijst naar de bepaling van Richtl. 73/148 van 21 mei 1973. Deze verwijst slechts naar de kinderen beneden 21 jaar. Art. 1.2 van Richtl. 90/364 en Richtl. 90/365 beperken de gezinshereniging tot de ten laste komende descendente. Art. 1 Richtl. 93/96 sluit tevens kleinkinderen uit en verwijst slechts naar de ten laste komende kinderen (met bovendien een bestaansmiddelenvereiste in hoofde van de student).

<sup>60</sup> P. BOELES en A. KUIJER, "Harmonization of Family Reunification", in A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENCE (ed.), *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1993, 30. Alle andere Europeesrechtelijke bepalingen verwijzen zonder meer naar 'minderjarige kinderen'.

<sup>61</sup> O. DE SCHUTTER, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 543, verwijst naar COMITÉ VAN EXPERTS, Concluses XIII-I, 224; RAAD VAN EUROPA, *Migrant workers and their families. Protection within the European Social Charter*, Strasbourg, Raad van Europa, 1996, 54. Het Handvest heeft wél bewerkstelligd



Verdragsstaten, waaronder de Europese Lidstaten, zijn sinds 1996 internationaalrechtelijk nog slechts gehouden tot gezinshereniging tot de leeftijd van 18 jaar. Hiermee is m.b.t. niet EU-onderdanen eens te meer teruggekoppeld naar het overheersende meerderjarigheidsconcept<sup>62</sup>. EU-onderdanen blijven de toepassing genieten van art. 10 Richtl. 1612/68.

**55.** Ook art. 12 van het Europees verdrag van 24 november 1977 houdende het juridisch statuut van de migrerende werknemer beschermt slechts de ongehuwde kinderen ten laste, zolang ze minderjarig zijn 'naar het recht van het ontvangstland'. Het oorspronkelijke Voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging geeft in dezelfde zin aan dat de Europese regelgever het belangrijker heeft bevonden om verschillen te voorkomen tussen de leeftijd van de wettelijke meerderjarigheid van de eigen onderdanen en de voor gezinshereniging vereiste leeftijd, dan om de rechtspositie van de betrokkene zelf te vrijwaren van tegenspraak tussen zijn familierechtelijke situatie en zijn verblijfssituatie<sup>63</sup>.

**56.** Het hangende voorstel m.b.t. een Europese gezinsherenigingsrichtlijn<sup>64</sup> en de voorbereidende teksten die daaraan voorafgingen<sup>65</sup>, gaan evenwel nog verder en vermelden 16 jaar als toegelaten leeftijdsgrens. Volgens het Comité van experts

---

dat de verschillende behandeling tussen man en vrouw niet langer kon worden gerechtvaardigd. De formulering 'l'épouse du travailleur migrant et ses enfants' sloot voor vrouwelijke werknemers gezinshereniging voor de echtgenoot uit, maar liet haar kinderen wel toe. Het Comité van Onafhankelijke Experts is hier voorheen niet in willen tussenkomen. Sinds 1996 kunnen zowel mannelijke als vrouwelijke werknemers hun huwelijkspartners laten overkomen.

<sup>62</sup> In dezelfde zin o.m. art. 16 Document Ad Hoc Werkgroep Immigratie, "Harmonization of national policies on admission for employment. Draft resolution for adoption by Immigration Ministers of Member States of the EC meeting inter-governmentally on 30 November/1 December 1992, 24 juli 1992", weergeg. in P. BOELES e.a., *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1993, 95.

<sup>63</sup> De Commissie hanteerde daarbij volgende *contradictoire* argumentering: "Volgens het algemene beginsel dat voor gezinshereniging van de kinderen geldt, moeten deze, feitelijk en rechtens, in een afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van de gezinshereniger verkeren. De leeftijd van de kinderen moet dus lager zijn dan de door de Lidstaten in hun nationale recht neergelegde grens van wettelijke meerderjarigheid, en de kinderen mogen niet gehuwd zijn".

<sup>64</sup> Meest recente verise in *PB. C. 27 augustus 2002*, afl. 203 E/136 (COM(2002) 225 final – 1999/0285 (CNS)).

<sup>65</sup> O.m. art. 8 Voorstel van 3 juni 1993 van de ad hoc Werkgroep Immigratie voor een "Harmonization of national policies on family reunification, Principles governing member states, policies on family reunification", weergeg. in A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENCE (eds), *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1993, 81: de maximumleeftijdsgrens voor de kinderen moet tussen 16 en 18 jaar bedragen. Ook mag het kind nog niet gehuwd zijn, een onafhankelijke familie-eenheid vormen of een zelfstandig leven leiden. Art. 9 Voorstel bevestigt de discretionaire bevoegdheid van de Lidstaten om te bepalen wanneer sprake is van een schijnadoptie. Het Voorstel verwees nog niet naar een recht op gezinshereniging voor niet-gemeenschappelijke (adoptie-)kinderen, noch voor interlandelijk geadopteerde minderjarigen. T.a.v. andere kinderen werd geoordeeld dat de Lidstaten soeverein een beleid konden uitwerken, mits ze minstens als voorwaarde zouden stellen dat de kandidaat-gezinshereniger het ouderlijke gezag en het hoederecht heeft, én het kind effectief te zijner laste heeft: art. 6 Voorstel (i.e. strenger dan de huidige rechtspraak van de Franstalige kamer van de R.v.St.).

bij het E.S.H. is deze bepaling strijdig met het E.S.H. en met art. 7 en 10, eerste lid I.V.R.K.<sup>66</sup>. Art. 1 I.V.R.K. stelt immers slechts één beperking op de bescherming van elk kind tot de leeftijd van 18 jaar: de beperking van de bescherming tot de lagere leeftijd waarop het daadwerkelijk, in toepassing van zijn nationale recht, meerderjarig wordt.

## A.6. VOORSTEL

57. Bij de voorbereiding van de wet van 1984 werd aanvankelijk een soepelere aanpak voorgesteld, met o.m. de suggestie om slechts met de notie 'ten laste' te werken. Niettemin werd geopteerd voor de leeftijdsgrens van 18 jaar. De bemerking dat daarmee een inbreuk werd begaan op art. 19, 6 E.S.H. en op Resolutie 78(33), die beide met hun bepaling van een recht op gezinshereniging voor de minderjarige kinderen ongetwijfeld verwijzen naar de meerderjarigheidsleeftijd volgens het personele recht van de betrokkenen, werd aan de kant geschoven. De vaststelling dat de regeling nog strenger was dan een hantering van de toenmalige Belgische burgerlijke meerderjarigheidsleeftijd, werd afgedaan met de bedenking dat de nieuwe Belgische meerderjarigheidsregeling tegen de inwerkingtreding van de wet wel reeds gestemd zou zijn<sup>67</sup>.

58. Het verschil met art. 40 Vreemdelingenwet, dat familieleden van EER-onderdanen tot de leeftijd van 21 jaar tot het verblijf toelaat, ook al zijn ze niet langer minderjarig en voorzien ze in hun eigen onderhoud, wordt o.i. door geen enkele redelijke overweging gerechtvaardigd.

59. Bepaalde gezaghebbende instanties, zoals de Franse Conseil National des Populations Immigrées, menen dat een gelijkschakeling van de leeftijdsgrens op 21 jaar is aangewezen<sup>68</sup>.

60. Wij menen dat een tussenregeling aangewezen is, die voor eenieder de leeftijdsgrens bepaalt op 21 jaar mits het kind nog minderjarig is, verblijft in een Staat waar het juridisch nog niet handelingsbekwaam wordt bevonden of het feitelijk, onafhankelijk van zijn wil, nog ten laste is. Het is aangewezen om het sociaal recht en de sociale realiteit van de huidige Verblijfsstaat in rekening te nemen, aangezien op die wijze kan worden bepaald of het kind werkelijk nog de bescherming van het gezinsleven met zijn ouders nodig heeft. Het is o.i.

<sup>66</sup> P. BOELES en A. KUIJER, "Harmonization of Family Reunification", in A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENCE (eds), *I.c.*, 28.

<sup>67</sup> Commissieverslag, *Gedr. St. Senaat* 1983-84, nr. 660/2, 27 en 28. Zie ook eerder *Parl. St. Kamer* 1974-75, nr. 653/1, 17: aangenomen als meerderjarigheidsleeftijd is "de verwijzing naar de ouderdom van de meerderjarigheid zoals zij bepaald is door de Belgische wet zoals de Raad van State het voorstelt, dit om de afwijking weg te werken tussen de artikels 10 en 16 van het ontwerp Vranckx en om rekening te houden met de eventuele wijziging van de wet op de burgerlijke meerderjarigheid". Art. 10, 4° van het ontwerp-Vranckx had 21 jaar vooropgesteld, terwijl art. 16, 4° een leeftijdsgrens van 18 jaar opgaf.

<sup>68</sup> Advies van 30 januari 1991, *aangeh.* in F. JAULT-SESEKE (1996), 116.

aangewezen om daarbij rekening te houden met de vraag of de betrokkene al dan niet zelf verantwoordelijk is voor zijn toestand. *In concreto* zou kunnen worden nagegaan of aanneembaar is dat de betrokkene onafhankelijk van zijn wil nog geen betaalde job uitoefent, rekening houdend met het onderwijsstelsel, met mogelijke wettelijke beperkingen op arbeid op grond van nationaliteit én met concrete tewerkstellingsproblemen (algemeen of specifiek voor vreemdelingen).

**61.** Vandaag reeds wordt op Europees niveau voorgesteld om op die manier misbruik van migratiebepalingen te voorkomen<sup>69</sup>.

**62.** De derdelander of niet-bevoorrechte E.E.R.-vreemdeling die verzoekt om gezinshereniging t.b.v. zijn kinderen moet overigens steeds aantonen dat hij over voldoende bestaansmiddelen beschikt<sup>70</sup>. Het risico dat een versoepelde regeling de Ontvangststaat financieel tezeer zou belasten wordt hierdoor vandaag reeds ingeperkt<sup>71</sup>.

**63.** De bepaling dat kinderen van bevoorrechte EER-onderdanen ook na de meerderjarigheid tot de leeftijd van eenentwintig jaar nog recht hebben op gezinshereniging, ook al zijn ze feitelijk niet langer ten laste, is o.i. te soepel.

**64.** Een algemene begrenzing van het recht op gezinshereniging tot alle minderjarigen tot achttien jaar en voor alle minderjarigen tussen achttien en éénentwintig jaar die in hun huidige Verblijfsstaat nog juridisch of feitelijk onafhankelijk van hun wil ten laste zijn, is o.i. aangewezen<sup>72</sup>. Dergelijke regeling zou voor elke minderjarige een onweerlegbaar vermoeden van afhankelijkheid instellen tot de leeftijd van achttien jaar<sup>73</sup>. Eenieder die pas op latere leeftijd

---

<sup>69</sup> Zie bv. vorige versie voorstel voor gezinsherenigingsrichtlijn, dit zelfs t.b.v. meerderjarige kinderen, zij het wegens gezondheidsredenen: Art. 5 Voorstel 1 december 1999, besproken in IMMIGRATION LAW PRACTITIONERS' ASSOCIATION, *The Alternative Scoreboard for EU Immigration and Asylum Law: Human Rights and Basic Principles*, Londen, ILPA, 2000, 4: gewaarborgd recht op gezinshereniging voor de meerderjarige kinderen van de gezinshereniger of diens echtgenoot of niet-gehuwde partner, mits zij niet gehuwd zijn en "volgens objectieve maatstaven wegens hun gezondheidstoestand niet in staat zijn in hun levensbehoeften te voorzien". Vandaag wordt binnen de nationale wetgevingen slechts in beperkte mate met dit element rekening gehouden, bij de invulling van criteria als "klemmende redenen van humanitaire aard" (o.m. Nederlandse R.v.St. 16 september 1996, nr. R02.92.4250, *weergeg. in Gids Vreemdelingenrecht*, Deventer, Kluwer, nr. 17c-3, Jur. 17c-12) en "onevenredige hardheid" (art. 3.24 e.v. Nederlands Vb. en in gelijkaardige zin: § 23 (4) j° § 22, eerste lid Duits AuslG). Het Akkoord tussen België en Turkije betreffende de tewerkstelling van Turkse werknemers in België, protocol en bijlagen, ondertekend te Brussel op 16 juli 1964, goedgekeurd bij Wet 13 december 1976, B.S. 17 juni 1977, vermeldt daarentegen zelfs een recht op gezinshereniging voor de behoeftige *ascendant*, zonder voorwaarden te stellen m.b.t. de oorzaak van de behoeftigheid.

<sup>70</sup> Art. 11 j° art. 3, 4° Vreemdelingenwet en art. 53; 55, 55bis, 63 en 68 Vreemdelingenwet. De enige uitzondering betreft gezinshereniging bij een vluchteling.

<sup>71</sup> Dat neemt niet weg dat bv. de kinderbijslagregeling nog met een verzwaarde last geconfronteerd wordt. We menen evenwel dat deze belasting is ondergeschikt aan het recht op bescherming van het gezinsleven.

<sup>72</sup> Zie ook F. JAULT-SESEKE (1996), 118-119, die het huidige verschil in behandeling ongerechtvaardigd bevindt, aangezien de onderhoudsverplichting van ouders t.a.v. hun kinderen zonder uitzondering alle minderjarige kinderen betreft.

<sup>73</sup> Het Nederlandse, Oostenrijkse en Spaanse voornemen om de leeftijd te verlagen tot vijftien of

meerderjarig wordt, zou moeten aantonen dat hij in toepassing van niet alleen zijn *lex patriae*, maar ook zijn *lex domicilii* of gezien feiten onafhankelijk van zijn wil nog ten laste is<sup>74</sup>.

## A.7. REGELINGEN IN HET LICHT VAN DE STRIJD TEGEN SCHIJNADOPTIES

### A.7.A. GEZINSHERENIGING VAN EEN MINDERJARIGE BIJ VOLLE ADOPTIE

65. § 7 Gezinsherenigingsresolutie van 1993 laat de Europese lidstaten vrij om te bepalen of ze al dan niet een recht op verblijf koppelen aan een adoptie in een andere Staat, ook als die rechtsgeldig is bevonden en erkend is, terwijl één van de partners in een lidstaat van de E.U. verblijft. Hiermee beoogt de Resolutie de Lidstaten voldoende ruimte te laten in hun strijd tegen adoptieshopping.

66. In haar § 9 bepaalt de Resolutie aansluitend dat de Staten vrij bepalen wanneer een adoptie geacht wordt geldig te zijn aangegaan, dan wel een schijnadoptie ("solely or principally for the purpose of enabling the child to enter and take up residence in a membre state") vermoed wordt. O.m. art. 4 en 9 Voorstel van 3 juni 1993 van de *ad hoc* Werkgroep Immigratie<sup>75</sup> stellen voorop dat de Lidstaten de discretionaire bevoegdheid hebben om te bepalen wanneer gezinshereniging op grond van een vermoeden van schijnadoptie kan worden geweigerd<sup>76</sup>. Deze bepalingen geven aan dat de Werkgroep niet uitgaat van een recht op gezinshereniging zolang de adoptie juridisch voortbestaat.

67. Het gewijzigd Voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging stelt – op nogal vage wijze – voorop dat "passende, evenredige en afschrikkende maatregelen dienen te worden getroffen teneinde misbruik van regels en procedures inzake gezinshereniging te beletten en te bestraffen"<sup>77</sup>.

68. Art. 4 van de Gezinsherenigingsrichtlijn bepaalt dat de Lidstaten t.a.v. een

zestien jaar schendt o.i. art. 8 E.V.R.M. en het recht van ouders en kind om samen te leven. Over de draagwijdte van dat recht: Hof Mensenrechten, arrest-Johansen t. Noorwegen van 7 augustus 1996, § 52; Hof Mensenrechten, arrest-X., Y. en Z. t. V.K. van 22 april 1997, § 43. Hierover in dezelfde zin o.m. C. FORDER, "Common minimum standards in immigration matters", *M.J.* 2002, 223.

<sup>74</sup> In dezelfde zin: P. KAYSER, "Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", *J.C.P.* 1993, 3679, p. 237.

<sup>75</sup> Voorstel van 3 juni 1993 van de *ad hoc* Werkgroep Immigratie voor een "Harmonization of national policies on family reunification, Principles governing member states' policies on family reunification", *weergeg. in* A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENCE (eds), *I.c.*, 81.

<sup>76</sup> De formulering laat uitschijnen dat de administratieve overheden daar autonoom over kunnen oordelen in het licht van het verblijfsrecht. Zie ook art. 13 Voorstel van 3 juni 1993: "the authorization to stay granted to a family member may be terminated at any time if there are grounds for presuming that it was obtained by means of fraud or forgery".

<sup>77</sup> Voorstel, door de Commissie overeenkomstig artikel 250, lid 2 van het E.G.-Verdrag ingediend op 11 juni 2001, overweging 17 (meest recente versie: *PB. C.* 27 augustus 2002, afl. 203 E/136 (COM(2002) 225 final – 1999/0285 (CNS))).

kind vanaf 12 jaar een integratietoets kunnen instellen, behalve als het het (adoptie)kind van een vluchteling betreft<sup>78</sup>.

**69.** Naar Belgisch recht is bepaald dat een volle adoptie, eenmaal ze is uitgesproken, recht verleent op gezinshereniging onder dezelfde voorwaarden als een biologische afstammingsband (*cf. supra*). Een ongeldige adoptie sluit gezinshereniging uit. Bepaalde rechters menen evenwel dat de houding van de Raad van State om gezinshereniging systematisch te verbieden als de adoptie is ontstaan in strijd met de normaal toepasselijke personele wet van het kind<sup>79</sup>, het hoger belang van het kind schaadt<sup>80</sup>. Geval per geval zou ingevolge deze rechtspraak moeten worden nagegaan of de adoptie alsnog in het belang van het kind kan worden erkend en recht kan openen op gezinshereniging.

**70.** Aangezien volle adoptie slechts mogelijk is als de personele wet van de adoptant(en) volle adoptie toelaat, is het aantal gevallen van gezinshereniging bij een vreemdeling beperkt. Een nauwe band met België verleent vooralsnog slechts toegang tot gewone adoptie.

**71.** Adoptie geeft recht op een visum type D gezinshereniging na voorlegging van de in België opgemaakte adoptieakte en van de homologatie van die akte, of van de voorlegging van de definitieve buitenlandse beslissing waarbij de adoptie is uitgesproken.

**72.** Heeft het kind, met het oog op de inmiddels aangegane adoptie, voorheen reeds een machtiging tot het verblijf genoten<sup>81</sup>, dan zal het na de adoptie door een derdelander over geldige binnenkomstdocumenten moeten beschikken, wil het tot het verblijf toegelaten worden op grond van gezinshereniging<sup>82</sup>. Is zijn visum of reistitel inmiddels vervallen, dan zal het kind in beginsel moeten terugkeren naar het land van herkomst om het binnenkomstdocument op te halen. Een beroep op art. 8 E.V.R.M. zal de minderjarige geadopteerde evenwel vermoedelijk van deze verplichting bevrijden, na aanneming van buitengewone omstandigheden<sup>83</sup>.

**73.** Gezinshereniging bij een EU-onderdaan kan sinds het arrest van het Hof van Justitie van 25 juli 2002, geïmplementeerd bij omzendbrief van 21 oktober 2002<sup>84</sup>, plaatsvinden op louter bewijs van de identiteit en afstammingsband.

---

<sup>78</sup> Art. 10 Gezinsherenigingsvoorstel.

<sup>79</sup> O.m. R.v.St. 21 april 1983, nr. 23.144, arrest-Es-Saadi, *Arr. R.v.St.* 1983, 872; R.v.St. 28 juni 1989, nr. 32.868, arrest-Rouani, *Arr. R.v.St.* 1989; R.v.St. 8 maart 1991, nr. 36.606, arrest-Oudibar, *Arr. R.v.St.* 1991; R.v.St. 3 mei 1991, nr. 36.963, arrest-Abakach, *Arr. R.v.St.* 1991.

<sup>80</sup> Hierover: M. NYS (2002), 180.

<sup>81</sup> *Cf. infra*, randnrs 85-90.

<sup>82</sup> Zie ook *Vr. en Antw.* Kamer 19 mei 1989 (Vr. nr. 232 M. VOGELS), *Rev. dr. étr.* 1989, 267.

<sup>83</sup> Een ten volle geadopteerde meerderjarige die een derdelander wenst te vervoegen, zal vermoedelijk niet van de vereiste worden vrijgesteld.

<sup>84</sup> H.v.J. 25 juli 2002, nr. C-459/99, MRAX t./ België, <http://www.europa.eu.int>; Omzendbrief van 21 oktober 2002 betreffende de aanvraag tot verblijf of vestiging in het Koninkrijk, ingediend op basis van artikel 40 van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het

Heeft het kind t.g.v. de adoptie de Belgische nationaliteit verworven, dan kan zijn verblijf *überhaupt* niet van de voorlegging van enige reistitel afhankelijk worden gesteld<sup>85</sup>.

74. Een kind verliest bij volle adoptie alle oorspronkelijke afstammings- en verwantschapsbanden. Hierdoor verliest het als voormalig kind van een bevoorrechte EER-vreemdeling zijn beroep op artikel 40 Vreemdelingenwet. Bij adoptie door een derdelander zal het, ook als het de Europese nationaliteit van zijn oorspronkelijke ouder behoudt<sup>86</sup>, nog slechts onder de toepassing van art. 10 Vreemdelingenwet vallen.

75. Zijn oorspronkelijke verblijfsgrond is immers vervallen. Tenzij het kind Belg is, zal het geen zelfstandig recht op verblijf genieten: het geniet, gezien zijn minderjarigheid, geen recht op vrij verkeer.

76. De vereiste inzake binnenkomstdocumenten is onverkort op het kind van toepassing. Het verwerft niet reeds bij de binnenkomst een recht op vestiging. Zijn verblijfstitel is immers afhankelijk van dat van de adoptieouder.

#### A.7.B. GEZINSHERENIGING VAN EEN MINDERJARIGE BIJ GEWONE ADOPTIE

77. Een gewone adoptie geeft hoogstens aanleiding tot een machtiging tot het verblijf<sup>87</sup>. Een minderjarige gewoon geadopteerde die reeds in België verblijft zal zijn verzoek vermoedelijk vanuit België kunnen formuleren na aanneming van buitengewone omstandigheden. Ook t.a.v. hem geldt in beginsel evenwel de vereiste van geldige binnenkomstdocumenten.

78. Art. 27 Haags Adoptieverdrag bepaalt dat een erkende buitenlandse adoptie

---

grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, door de familieleden van een onderdaan van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte of van een Belg, die niet in het bezit zijn van de vereiste documenten om het Belgisch grondgebied te mogen betreden, B.S. 29 oktober 2002 (tevens uitbreiding van de gevolgen van het arrest (beperkt tot EU-onderdanen die actief gebruik maken van hun recht op vrij verkeer) naar familieleden van Belgen.

<sup>85</sup> M. VERWILGHEN, C. DEBROUX en J.Y. CARLIER, *L'adoption internationale en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1991, 144, verwijzen naar Vr. nr. 232 M. VOGELS, *aangeh.*, als antwoord waarop de ministers van Buitenlandse Zaken en van Justitie hebben 'bevestigd' dat de diplomatieke en consulaire Belgische overheden gemakkelijk een Belgische reistitel of visum zullen verstrekken aan het kind. De praktijk van de Dienst Vreemdelingenzaken om een visum gezinshereniging te vergen, is evenwel onwettig.

<sup>86</sup> In de meeste Staten verliest het kind zijn nationaliteit slechts indien het een vreemde nationaliteit verkrijgt (zie bv. art. 22, §§ 3 en 4 W.B.N.). Kent de nationaliteitswet van de adoptant niet of slechts in bepaalde omstandigheden de nationaliteit toe op grond van adoptie (cf. art. 9 W.B.N.), dan zal de nationaliteitswet van het vaderland van het kind het zijn oorspronkelijke nationaliteit niet ontnemen.

<sup>87</sup> GISTI, o.c., 53. Zie ook voor Nederland: R.v.St. 6 juni 1988, *N.I.P.R.* 1989, nr. 236: gewone adoptie van een kind dat slechts gewoon kon worden geadopteerd in toepassing van zijn *lex patriae* en die van de kandidaat-adoptanten. De Raad oordeelde dat deze adoptie geassimileerd moet worden met een zwakke adoptie en geen recht op gezinshereniging verleent. Het kind heeft niet de staat van "wettig kind" verworven.

steeds moet kunnen worden omgezet in een volle adoptie, mits de oorspronkelijke wettelijke vertegenwoordigers daar expliciet mee hebben ingestemd<sup>88</sup>. Bij naleving van deze bepaling zou een gewoon geadopteerd kind alsnog toelating kunnen genieten tot gezinshereniging, na omzetting van de adoptie in België in een volle adoptie, ook al verblijft het kind nog in het buitenland.

**79.** Het Verdrag is evenwel, zoals gezegd, vooralsnog niet door België geratificeerd.

**80.** Zoals we reeds aangaven, bepaalt geen enkel internationaal instrument dat aan een gewone adoptie een recht op gezinshereniging moet worden verbonden. Zowel het I.V.R.K. als V.N.-Resolutie nr. 41/85 van 3 december 1986 houdende verklaring van de V.N. inzake sociale en juridische beginselen betreffende de bescherming en het welzijn van kinderen, in het bijzonder met betrekking tot plaatsing in een pleeggezin en adoptie, zowel nationaal als internationaal<sup>89</sup>, benadrukken het belang van inspanningen om gezinshereniging van het kind bij zijn ouders toe te laten. De resolutie doet dat expliciet m.b.t. adoptiesituaties. Geen van beide instrumenten gaat evenwel nader in op wat ze onder 'adoptie' verstaan. We vermoeden dat slechts een volle adoptie wordt bedoeld, aangezien slechts daarbij mogelijk is om zonder voorbehoud te bepalen dat het in het hoogste belang van het kind is om de adoptieouders te volgen.

#### **A.7.c. GEZINSHERENIGING VAN EEN MEERDERJARIGE GEADOpteERDE**

**81.** De meerderjarige geadopteerde van een niet-bevoorrechte vreemdeling en de geadopteerde, ouder dan eenentwintig jaar en niet ten laste, van een bevoorrechte vreemdeling, zal vermoedelijk niet tot het verblijf worden gemachtigd, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden (behoefte, staat van oorlog in het land van herkomst) en mits gezinsleven tussen adoptant en geadopteerde kan worden aangenomen.

**82.** In dat licht vormt de verblijfsregeling alvast een goede bescherming tegen schijnadopties van meerderjarigen. Om die reden vindt de huidige ongelijke behandeling van kandidaat-adoptandi die jonger zijn dan vijftien jaar en zij die ouder zijn alvast geen rechtvaardiging in de doelstelling om schijnadopties te verhinderen.

**83.** Ook verleent de adoptie meerderjarigen geen automatische toegang tot de Belgische nationaliteit. De versnelde verwerving ervan door nationaliteitskeuze vergt reeds voorafgaand verblijf of een andere sterke band met België gedurende een jaar en, tenzij (één van de) adoptant(en) reeds Belg was bij de geboorte van

---

<sup>88</sup> F. MONEGER, "L'adoption internationale entre dans le code civil. L. n° 2001-11, 6 févr. 2001", *J.C.P.* 2001, 471.

<sup>89</sup> Art. 22 Resolutie A/RES/41/85, <http://www.erc.hrea.org/Library/hrdocs/un/child/adoption-en.html>.

de geadopteerde, gedurende een termijn die de regeling strenger maakt dan bij naturalisatie<sup>90</sup>.

## B. GEZINSHERENIGING OP GROND VAN ADOPTIEPLANNEN VOOR MINDERJARIGEN

84. De Vreemdelingenwet stelt geen specifieke regeling in tot machtiging van een kandidaat-adoptandus tot het verblijf met het oog op adoptie. Machtigingen worden in de praktijk verleend in toepassing van art. 9 Vreemdelingenwet<sup>91</sup>.

### B.1. DE PRAKTIJK: EEN MACHTIGING TOT VOORLOPIG VERBLIJF VOOR ZES MAANDEN

#### B.1.A. HYPOTHESE DAT DE *LEX PATRIAE* VAN DE KANDIDAAT-ADOPTANTEN ADOPTIE TOELAAT

85. Een kandidaat-adoptandus kan na opgave aan de Dienst Vreemdelingenzaken<sup>92</sup> van de persoonsgegevens en geboortedatum van de kandidaat-adoptant(en) en van de naam en de nationaliteit van de adoptandus, en voorlegging van een bewijs van goed zedelijk gedrag van de kandidaat-adoptant(en), met de vermelding "afgegeven met het oog op adoptie", via de bevoegde diplomatieke of consulaire post van België een machtiging tot voorlopig verblijf voor zes maanden worden verstrekt.

86. Deze laatste verstrekking wordt door de post alsnog ondergeschikt aan de overlegging van een aantal documenten die na afgifte naar de Dienst Vreemdelingenzaken worden doorgestuurd. Het betreft de akte waaruit blijkt dat het kind met het oog op zijn adoptie onder de voogdij van de toekomstige adoptieouder(s) is geplaatst (bv. een *kafala*-akte<sup>93</sup>), de toestemming van de

<sup>90</sup> Vgl. art. 13 j° 14 W.B.N. en art. 19 W.B.N.

<sup>91</sup> Brief Ministerie van Binnenlandse Zaken 27 april 2000, S. POELAERT, met antwoord Mw. A. MISTLER, adviseur bij de Algemene Directie van de Dienst Vreemdelingenzaken op enkele vragen, gesteld n.a.v. de vorming van magistraten jaargang 1999, sessie "De islam en de positie van de vreemdelingen in België"; correspondentie met Dienst Vreemdelingenzaken 17 december 2001.

<sup>92</sup> Alle aanvragen kunnen bij de Dienst Vreemdelingenzaken worden ingediend. Particulieren die een vrije adoptie aangaan, kunnen tevens een beroep doen op de bevoegde diplomatieke post. De adoptiewet van bepaalde Staten, o.m. van China en Roemenië, bepaalt dat de aspirant-adoptieouders een beroep *moeten* doen op een adoptie-instelling. De gemeenschappen hebben een landenlijst opgesteld.

<sup>93</sup> I.t.t. bepaalde andere pleegvormen. Zie bv. R.v.St. 29 juli 1986, GV B-15: Een Marokkaanse rechtbank had een 'adoptie' uitgesproken, zoals bleek uit de voorgelegde 'acte adoulaire d'adoption'. De Raad oordeelde dat noch in toepassing van het Nederlandse recht (verbod van eenouderadoptie), noch in toepassing van het Marokkaanse recht een adoptie mogelijk was. Vervolgens verzocht de man dat het kind hem zou kunnen vervoegen als pleegkind. De Raad van State vernietigde de positieve beslissing van de staatssecretaris, omdat het niet overtuigend was dat de verzoeker als wettelijk vertegenwoordiger van zijn broer kon worden aangemerkt. Een loutere pleegsituatie brengt geen gezagsoverdracht met zich.



bevoegde nationale autoriteiten waardoor het kind definitief het land mag verlaten, tenzij dit reeds formeel in de beslissing of de buitenlandse akte wordt verklaard, een identiteitsbewijs voor kinderen die geadopteerd zullen worden door een EER-onderdaan en een geldig nationaal paspoort voor kinderen die door een derdelander met wettig verblijf zullen worden geadopteerd<sup>94</sup>, een medisch attest, een afschrift van de identiteitsbewijzen van de toekomstige adoptieouder(s), een akte van geboorte van het kind<sup>95</sup>, en, naargelang het geval, hetzij een authentieke rechterlijke of notariële akte die de instemming van de biologische ouders van het kind of van de persoon die het ouderlijk gezag uitoefent, met de adoptie bevestigt<sup>96</sup>, hetzij een akte tot verlatingverklaring.

**87.** Het kind ontvangt een reisvisum type C, met het oog op adoptie, nadat een document is voorgelegd waaruit blijkt dat de adoptieprocedure in België is ingesteld, opgemaakt door de vrederechter die bevoegd is voor de woonplaats van de toekomstige adoptieouder(s) of door een door de aspirant-adoptant(en) gekozen notaris<sup>97</sup> en nadat aanvullende waarborgen worden verleend om te voorkomen dat de persoon die aanvankelijk stelt het kind te willen adopteren, het na zijn aankomst in België zou verlaten.

**88.** Deze waarborgen zijn een verbintenis van de toekomstige adoptieouder(s) tot tenlasteneming van het kind, overeenkomstig artikel 3*bis* Vreemdelingenwet en twee verbintenissen tot tenlasteneming door derden, een loonstrookje of een kopie van een aanslagbiljet waaruit het loon van de toekomstige adoptieouder(s) en de twee andere borgen blijkt, een bewijs van goed zedelijk gedrag van de toekomstige adoptieouder(s) en de twee andere borgen, een document waaruit blijkt dat de adoptieprocedure in België is ingesteld, opgemaakt door de vrederechter die bevoegd is voor de woonplaats van de toekomstige adoptieouder(s) of door een door de aspirant-adoptant(en) gekozen notaris. Indien de naam van het kind niet bekend is, wordt tevens een verklaring van een notaris vereist waaruit blijkt dat de kandidaat-adoptanten in zijn kantoor een adoptiedossier hebben geopend en waarin wordt verklaard dat zij de intentie hebben een adoptie aan te gaan.

**89.** Het visum is gedurende drie maanden geldig. Na aankomst in België dient het

---

<sup>94</sup> Voorheen werd algemeen een geldig nationaal paspoort vereist. In het arrest-MRAX t. Belgische Staat van het Hof van Justitie van 25 juli 2002, *I.c.*, is evenwel verduidelijkt dat deze vereiste niet langer kan worden gesteld aan vreemdelingen die een beroep doen op gezinshereniging bij een Belg, EU-onderdaan of gelijkgestelde. Zie ook Omz. 21 oktober 2002, *aangeh.*

<sup>95</sup> Behalve voor India, waar het *affidavit* een geldig vervangingsdocument voor de geboorteakte is. Aangezien de Indiase autoriteiten niet meer dan een voogdijvonnis uitspreken, wordt de adoptie uitgesproken door de autoriteiten van de verblijfsstaat van de adoptant. Een verlaten kind geniet zolang geen ander geboortebewijs.

<sup>96</sup> Voor zover de instemming niet uitdrukkelijk voorkomt in de beslissing van de bevoegde nationale autoriteiten waarbij het kind aan de toekomstige adoptieouder(s) wordt toegewezen.

<sup>97</sup> Om de procedure aanhangig te maken dienen ze een voogdijakte over te leggen of een akte van overhandiging van het kind (bv. *kafala*) die door de bevoegde nationale autoriteit is afgegeven en die, in voorkomend geval, uitdrukkelijk melding maakt van de instemming van de biologische ouders of de wettelijke voogden.

kind zich binnen de drie werkdagen te melden bij de gemeentelijke administratie van zijn woonplaats met het oog op het verkrijgen van een verklaring van aankomst die drie maanden geldig is. Binnen die termijn moet de adoptieprocedure worden aangevat. Hij ontvangt na de controle van enkele gegevens een machtiging tot voorlopig verblijf voor zes maanden.

90. Het verblijf kan worden verlengd met de toestemming van de Dienst Vreemdelingenzaken, naargelang blijkt dat de adoptieprocedure een gunstig verloop kent.

#### **B.1.B. HYPOTHESE DAT DE *LEX PATRIAE* VAN DE KANDIDAAT-ADOPTANTEN ADOPTIE NIET TOELAAT**

91. Opdat een kind dat in het buitenland verblijft, zou kunnen worden geadopteerd door personen van wie de personele wet adoptie verbiedt, dient het minstens gedurende twee jaar tot het verblijf te worden gemachtigd. Na verloop van die termijn kan het in aanmerking komen voor een adoptie naar Belgisch recht, in toepassing van art. 344 B.W.

92. De Dienst Vreemdelingenzaken behandelt elk geval afzonderlijk en verleent de toelating louter op humanitaire gronden (bv. verlaten kinderen of wezen)<sup>98</sup>.

93. Wordt de machtiging verstrekt, dan moeten dezelfde documenten als hierboven worden voorgelegd. Het document dat is opgemaakt door de vrederechter die bevoegd is voor de woonplaats van de toekomstige adoptieouder(s) of door een door de aspirant-adoptant(en) gekozen notaris, kan evenwel in de gegeven omstandigheden niet de vermelding bevatten dat een adoptieaanvraag is ingediend, aangezien de betrokkenen daar nog niet voor in aanmerking komen. Daarom wordt slechts vereist dat het document melding maakt van de verbintenis om het kind te adopteren naar Belgisch recht, zodra de in artikel 344 § 1, c B.W. gestelde voorwaarden zijn vervuld.

94. Ook in deze hypothese wordt het kind na machtiging een voorlopige verblijfsvergunning voor maximum zes maanden afgegeven. Naargelang de adoptieprocedure in België een gunstig verloop kent, wordt het verblijf verlengd.

#### **B.2. BEDENKINGEN**

95. Ook het voorliggende wetsontwerp tot hervorming van de adoptie voorziet niet in een verblijfsrechtelijk luik. De bepalingen inzake interlandelijke adoptie stellen evenwel indirect, m.n. via het burgerlijk recht, vereisten die betrekking hebben op het verblijf. Een beginseltoestemming met interlandelijke adoptie kan slechts worden verleend als een ministeriële verklaring wordt voorgelegd, waarin wordt aangegeven dat het kind tot het verblijf zal worden gemachtigd of onder

---

<sup>98</sup> Brief 27 april 2000, *aangeh.*

welke voorwaarden dat zal gebeuren<sup>99</sup>. De wetgever werkt evenwel geen richtlijnen uit die aangeven onder welke voorwaarden een machtiging wordt verleend. Het is o.i. aangewezen om dat alsnog te doen, opdat de Dienst Vreemdelingenzaken over duidelijke richtlijnen zou kunnen beschikken<sup>100</sup>.

96. De in het wetsontwerp voorgestelde individuele machtiging tot het verblijf kan o.i. beter de vorm aannemen van een gebonden machtiging. Dergelijke verblijfsregeling is reeds ingesteld t.b.v. buitenhuwelijkse partners<sup>101</sup> en studenten<sup>102</sup>.

97. Is het overigens verenigbaar met de doelstellingen van het Adoptieverdrag dat de minister discretionaire bevoegdheid zou worden verleend<sup>103</sup>?

## **C. KORTE VERGELIJKING MET DE NEDERLANDSE BEPALINGEN IN DIT VERBAND INZAKE GEZINSHERENIGING**

### **C.1. TOELATING MET HET OOG OP ADOPTIE IN NEDERLAND**

98. Met de Wet van 8 december 1988 “houdende regelen inzake de opnemings in Nederland van buitenlandse pleegkinderen met het oog op adoptie” is in Nederland een specifieke regeling inzake gezinshereniging voor kandidaat-adoptandi uitgewerkt<sup>104</sup>. De regeling is strenger dan de huidige Belgische praktijk. Ze betekende voor Nederland evenwel een versoepeling, aangezien voorheen verblijf (ook in de praktijk) slechts werd toegestaan binnen de grenzen van “klemmende redenen van humanitaire aard” en de verplichtingen van internationaalrechtelijke aard.

99. Is het buitenlandse kind door de aspirant-adoptandi gedurende ten minste een jaar verzorgd en opgevoed in het buitenland, in een periode waarin zij aldaar hun gewone verblijfplaats hadden, en zal de verzorging en opvoeding van dat kind na binnenkomst in Nederland door hen worden voortgezet, dan is binnenkomst zonder beperkingen mogelijk.

100. Hebben de aspirant-adoptiefouders een gewone verblijfplaats gehad in het

---

<sup>99</sup> Art. 361-3 B.W. van het voorliggende wetsontwerp adoptiewet zou uitvoering verlenen aan art. 5 c, 17 d en 18 van het Haagse Adoptieverdrag. Deze bepaling stelt de toevertrouwing van een kind aan kandidaat-adoptanten en de daaropvolgende interlandelijke adoptie slechts mogelijk als de Staat waar de adoptie zal plaatsvinden het kind wettig tot het grondgebied toelaat en recht op verblijf verleent.

<sup>100</sup> Zie over het gebrek aan verblijfsrechtelijk luik ook: Raad van State, Advies bij het Wetsontwerp tot hervorming van de Adoptiewet, *I.c.*, 153.

<sup>101</sup> Zij het bij onwettige omzendbrief: *cf. infra*, deel 3B.

<sup>102</sup> Art. 58-61 Vreemdelingenwet.

<sup>103</sup> Advies Raad van State, *I.c.*, 154.

<sup>104</sup> Over de voormalige regeling: o.m. M.J.C. KOENS, “Immigratie, pleegkinderen en adoptie”, *M.R.* 1995, 195-201; M.J.C. KOENS, “Het verblijfsrecht van buitenlandse familie- en gezinsleden in Nederland”, *F.J.R.* 1994, 226-234.

buitenland en gedurende die periode het buitenlandse kind opgenomen zonder dat zij dit kind aldaar ten minste een jaar hebben verzorgd en opgevoed, dan wordt ambtshalve een gezinsonderzoek ingesteld<sup>105</sup>. Dit gebeurt om te voorkomen dat aspirant-adoptiefouders zich voor korte tijd naar het buitenland begeven om aldaar zonder beginseltoestemming een kind ter adoptie op te nemen en vervolgens naar Nederland terug te keren. Een beginseltoestemming is dan niet meer vereist. Dat zou immers niet in overeenstemming zijn met de reeds ontstane feitelijke gezinssituatie. Deze brengt met zich mee dat de toegang tot Nederland van het met het oog op adoptie opgenomen kind wordt getoetst aan de hand van de in Hoofdstuk B1, Deel 5 van de Vreemdelingencirculaire 1994 neergelegde criteria voor gezinshereniging.

**101.** In de andere hypotheses is binnenkomst in Nederland in beginsel slechts mogelijk mits het kind de leeftijd van zes jaar nog niet heeft bereikt. Een dispensatie van de leeftijdsvereiste wordt slechts uitzonderlijk toegestaan.

**102.** De aspirant-adoptandi dienen een medische verklaring betreffende het buitenlandse kind voor te leggen en een bewijs dat de ouders en autoriteiten met het vertrek en de adoptie instemmen<sup>106</sup>.

**103.** Het verblijf wordt mede ondergeschikt aan de waarborg dat de (aspirant-)adoptandi vanaf het tijdstip van het vertrek van het buitenlandse kind naar Nederland zullen voorzien in de kosten van zijn verzorging en opvoeding "als ware het hun eigen kind". De kosten van terugkeer naar het land van herkomst komen eveneens te hunnen laste, ook als achteraf blijkt dat niet aan de voorwaarden tot adoptie is voldaan<sup>107</sup>. In het laatste geval kan de kinderrechter een voogdij-instelling belasten met de voorlopige voogdij over de minderjarige, tenzij dit niet verenigbaar is met diens belang. De voorlopige voogdij eindigt, behoudens eerdere intrekking, op het tijdstip waarop hetzij een nieuwe voogdij of plaatsing aanvangt<sup>108</sup>, hetzij de minderjarige in het land van herkomst wordt teruggeplaatst. Ook de kosten die de voogdij-instelling ten behoeve van de minderjarige moet maken, komen ten laste van degene die de minderjarige in strijd met de adoptiewet heeft opgenomen<sup>109</sup>.

**104.** Blijkt fraude waarbij werd gehandeld uit winstbejag, dan kan een gevangenisstraf worden bepaald van ten hoogste zes maanden of een geldboete. Bij elke overtreding van de wet kan een geldboete worden opgelegd<sup>110</sup>.

**105.** Is wél aan de gestelde voorwaarden voldaan, dan wordt een machtiging

---

<sup>105</sup> Art. 11-13 WOBP.

<sup>106</sup> Art. 8 Wet.

<sup>107</sup> Art. 9 Wet.

<sup>108</sup> Bij nieuwe aspirant-adoptandi aan wie een beginseltoestemming is verleend.

<sup>109</sup> Art. 10 Wet.

<sup>110</sup> Art. 27 en 28 Wet.

tot voorlopig verblijf afgeleverd<sup>111</sup>.

**106.** Deze regeling geeft aan dat de controle op schijnhandelingen voornamelijk plaatsvindt bij de eerste binnenkomst, die is gericht op opname in het pleeggezin. Schijnpleegsituaties kunnen gemakkelijker worden bestreden, aangezien er geen *recht* is op verblijf en elke verlenging van de verblijfsmachtiging aan een nieuwe controle wordt onderworpen. Zonder dat de Vreemdelingendienst is gebonden door familierechtelijke kwalificaties kan ze een eind stellen aan frauduleus verblijf.

**107.** Door de vereiste van een voorafgaande opname van het kind als pleegkind kan het gezin van dichtbij worden gevolgd. Deze controle ontnemt meerdere kandidaten vermoedelijk de moed om frauduleuze pogingen te ondernemen.

**108.** Pas na de adoptie gaat een recht op verblijf in. De moeilijkere procedure tot intrekking van dat recht en tot voorafgaande nietigverklaring van de adoptie zal vermoedelijk slechts zelden moeten worden ingezet.

**109.** Men zou kunnen overwegen om ook de Belgische interlandelijke adoptie afhankelijk te stellen van een voorafgaande opname van het kind in het gezin, zoals ook het Haagse Adoptieverdrag voorstaat.

## **C.2. GEZINSHERENIGING NA ADOPTIE**

**110.** Een adoptie die in Nederland plaatsvindt na voorafgaande interlandelijke opneming van het buitenlandse adoptiekind als pleegkind of na een landelijke pleegsituatie wordt ingesteld als een sterke adoptie in de zin van het Nederlandse recht.

**111.** Is de WOBP overtreden, dan zal ook een latere adoptie niet worden erkend. Dat gebeurde reeds voor de inwerkingtreding van de WOBP. Zo bv. werd in 1984 het kind dat was geadopteerd naar adat- en nationaal Indonesisch recht gezinshereniging in Nederland geweigerd<sup>112</sup>. Er was niet aan de criteria voor de toelating van buitenlandse pleegkinderen voldaan, omdat niet aannemelijk was gemaakt dat voor het kind in Indonesie, gemeten naar de ter plaatse geldende maatstaven, geen aanvaardbare toekomst was weggelegd. Ondanks voorafgaande bezwaren van de staatssecretaris van Justitie tegen de opneming van het kind in het gezin in Nederland, was men tot overdracht en adoptie overgegaan. De Raad van State oordeelde dat de appellanten zodoende zelf hadden bijgedragen tot het ontstaan van een uitzonderingspositie en dat die daarom voor hun eigen rekening en risico kon worden gelaten. Ook een assimilatie met het statuut van pleegkind werd niet toegestaan. De Raad achtte

---

<sup>111</sup> Vc. 1994, B3/2.2.2.

<sup>112</sup> R.v.St. 4 mei 1984, nr. A-2.1238 (1981), databank *Nederlands jurisprudentie*, A.B. 1988, 135, noot F. STRIJBOSCH.

het evenmin bewezen dat het kind om humanitaire redenen moest worden toegelaten.

**112.** M.b.t. buitenlandse adopties, die niet interlandelijk plaatsvinden of die plaatsvinden in omstandigheden die vrijstelling verlenen van voorafgaande pleegopname in Nederland, gaven we aan dat vaak tot een adoptie-dubbelop wordt overgegaan in het kader van de erkenningsprocedure. Vertoont een buitenlandse adoptie niet dezelfde rechtsgevolgen als de Nederlandse adoptie, dan zal ze m.n. niet als een adoptie in de zin van het verblijfsrecht worden erkend en, in de hypothese dat de betrokkenen nog niet alle recht hebben op verblijf in Nederland, geen recht geven op gezinshereniging. Adoptie-dubbelop maakt dit wél mogelijk en stimuleert overigens de familierechtelijke harmonie binnen de Nederlandse rechtsorde.

## D. GEZINSHERENIGING VOOR MEERDERJARIGE KINDEREN

### D.1. INTERNRECHTELIJKE REGELING

**113.** Behoudens de mogelijkheid voor gehandicapte meerderjarigen om een individuele ministeriële machtiging tot gezinshereniging te krijgen, genieten meerderjarige kinderen van derdelanders geen recht op gezinshereniging<sup>113</sup>.

**114.** De verblijfswet gaat ervan uit dat meerderjarige kinderen over het algemeen zelfstandig zijn en een eigen gezinsleven, los van de ouders, kunnen uitbouwen. Slechts uitzonderlijk wordt verblijf na een bewijs van het tegendeel, in het licht van de bescherming door art. 8 E.V.R.M. toegestaan<sup>114</sup>.

**115.** Bevoorrechte E.E.R.-vreemdelingen en hun partner kunnen hun kinderen daarentegen laten overkomen tot de leeftijd van 21 jaar en erna nog zolang ze ten laste zijn. De Vreemdelingenwet definieert het begrip 'ten laste' niet nader. De Dienst Vreemdelingenzaken leest erin dat het kind door de betrokkene wordt

<sup>113</sup> R.v.St. nr. 35.273, 26 juni 1990, *R.A.C.E.* 1990; R.v.St. nr. 41.175, 26 november 1992, *R.A.C.E.* 1992; Zie bij wijze van *contrast* de soepele regeling van het tijdelijke ontheemdenstatuut, *cf. supra*, randnr. 38 (met voetnoot). R.v.St., arrest-Taziti, nr. 33.436, 21 november 1989, *Arr. R.v.St.* 1989 (meerderjarige dochter van zieke vrouw) en R.v.St. arrest-Srifi, nr. 41.175, 26 november 1992, *Arr. R.v.St.* 1992 (weigering t.a.v. dochter van 35 jaar, gescheiden, met kind); R.v.St. 3 mei 1993, arrest-Hafed, nr. 42.743, *Arr. R.v.St.* 1993. Evenwel: toelating in het licht van de *elsewhere approach*: recht op terugkeer vrouw na kort huwelijk in Turkije: R.v.St. 13 juli 1993, arrest-Akarsu, *Arr. R.v.St.* 1993 (het feit dat het om een gearrangeerd huwelijk ging, heeft meegespeeld).

<sup>114</sup> Vooral Duitse rechtspraak illustreert dit uitgangspunt duidelijk: BverwG. 26 maart 1982, *N.J.W.* 1982, 1958, *InfAuslR.* 1982, 126; BverfG. 1 september 1982, *InfAuslR.* 1982, 271. Uit rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten betreffende uitzettingsbeslissingen blijkt ook in dit verband dat een *voortzetting* van bestaand gezinsleven in een Lidstaat een sterkere bescherming geniet dan de wens om het gezin in een Lidstaat te *herenigen*: Hof Mensenrechten, arrest-Boujlifa; Hof Mensenrechten, arrest-El Boujaidi.

onderhouden<sup>115</sup>.

**116.** Er worden evenwel voor beide categorieën (onder en boven 21 jaar) bepaalde (bijkomende) voorwaarden gesteld aan economisch niet-actieve bevoorrechte rechtgeevenden, uit budgettaire overwegingen.

**117.** Kinderen van actieve EER-onderdanen genieten tot hun eenentwintigste verjaardag onvoorwaardelijk recht op gezinshereniging, ook al zijn ze inmiddels meerderjarig en staan ze volledig op eigen benen<sup>116</sup>. Andere bevoorrechte EER-onderdanen die zich willen laten vervoegen door hun meerderjarige kinderen worden, zoals dat ook gebeurt bij gezinshereniging door hun echtgenoot en minderjarige kinderen, onderworpen aan een bijkomende controle, om na te gaan of ze - evenals de economisch actieve onderdaan - beschikken over een ziektekostenverzekering en voldoende bestaansmiddelen<sup>117</sup>.

**118.** Is aan deze voorwaarden voldaan, dan is gezinshereniging een recht. Kinderen ten laste van een derdelander of niet-bevoorrechte EER-onderdaan worden, zoals gezegd, hoogstens gemachtigd tot het verblijf, ook al zijn ze in toepassing van hun personele recht nog minderjarig.

## D.2. VOORSTEL

**119.** We stelden hierboven reeds voor om t.a.v. eenieder eenzelfde criterium te hanteren voor de gezinshereniging van minderjarige kinderen, tot achttien jaar (onvoorwaardelijk) en erna tot de leeftijd van eenentwintig jaar zolang ze in toepassing van niet alleen hun *lex patriae*, maar ook hun *lex domicilii* nog ten laste zijn.

**120.** M.b.t. meerderjarige kinderen menen we dat min of meer in de huidige lijn van de Belgische regeling inzake gezinshereniging bij een derdelander kan worden doorgegaan. Het is o.i. aangewezen om slechts een uitzondering te maken voor meerderjarige kinderen voor wie een achterlating van een onevenredige hardheid zou zijn. Dit criterium figureert in het voorliggende

---

<sup>115</sup> Communicatie met Dienst Vreemdelingenzaken 17 december 2001. De Dienst onderscheidt twee soorten van onderhoud, m.n. financieel en moreel onderhoud. De persoon ten laste die nog in het volle bezit is van zijn capaciteiten, dient aan te tonen dat hij financieel onderhouden wordt door het bewijs aan te dragen van zijn staat van behoefte in zijn land van herkomst en van regelmatige geldoverdrachten via bank of postoverschrijvingen door de persoon die hij in België wenst te vervoegen, en die dateren van vóór de visumaanvraag. De persoon ten laste die niet meer in het volle bezit is van zijn capaciteiten (gehandicapte of ook voor de regeling in het licht van art. 9 Vreemdelingenwet: de bejaarde) dient een morele afhankelijkheid aan te tonen van de persoon die hij in België wenst te vervoegen, door het bewijs aan te dragen van het feit dat andere familieleden zich niet meer effectief kunnen bekommeren om de aanvrager in zijn land van herkomst, het bewijs van zijn incapaciteit en het bewijs dat hij in de onmogelijkheid verkeert om in zijn eigen onderhoud te voorzien.

<sup>116</sup> De meerderjarigheid is in alle EER-Lidstaten op 18 jaar bepaald, behalve in Oostenrijkse en Liechtenstein, met een meerderjarigheidsleeftijd op resp. 19 en 21 jaar.

<sup>117</sup> O.m. art. 55bis § 1, laatste lid K.B. 8 oktober 1981.

voorstel voor een gezinsherenigingsrichtlijn<sup>118</sup> en zit vandaag reeds impliciet vervat in de bepaling van art. 10*bis* § 2 Vreemdelingenwet voor wat betreft de situatie van een gehandicapt kind. Naast deze regeling tot gebonden verblijfsmachtiging is het o.i. aangewezen om gezinshereniging slechts toe te staan in het licht van art. 9 Vreemdelingenwet, of van een (nieuwe) bepaling tot gebonden verblijfsmachtiging die het criterium van de onevenredige hardheid hanteert. Dit criterium vervult vandaag reeds, in samenhang met de *elsewhere approach*, een expliciete, centrale rol in het Nederlandse verblijfsrecht<sup>119</sup>. Blijkt dat de betrokkene nog familie heeft in het land van herkomst, dan wordt een machtiging op humanitaire gronden geweigerd, ook al bewijst de betrokkene ten laste te zijn van een verblijfhouder.

**121.** Financiële afhankelijkheid omwille van studies volstaat o.i. niet om te besluiten tot onevenredige hardheid. Meerderjarige studenten kunnen vermoedelijk evengoed vanuit België worden gesteund bij de voortzetting van hun studies in het herkomstland. De mogelijke vaststelling dat ze daar vóór het vertrek van de ouder reeds niet langer met hem onder één dak woonden, kan dit vermoeden desgevallend versterken.

---

<sup>118</sup> Aanbeveling van art. 5.1.e. Voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging (*PB. C. 27 augustus 2002, afl. 203 E/136, COM(2002) 225 final – 1999/0285 (CNS)*), om ook t.b.v. derdelanders in een hereniging van meerderjarige kinderen te voorzien “om tegemoet te komen aan bijzonder moeilijke omstandigheden. Het zou immers niet passend zijn gezinshereniging te ontzeggen aan een kind dat geen onafhankelijke middelen van bestaan kan hebben en dat behoefte heeft aan zorg en materiële en affectieve ondersteuning van zijn gezinsleden, bijvoorbeeld vanwege een ernstige handicap”. T.a.v. andere familieleden wordt gerekend a.h.v. het “volgens objectieve maatstaven wegens hun gezondheidstoestand niet in staat zijn in hun levensbehoeften te voorzien”.

<sup>119</sup> Art. 3.24 Vb. Zie ook voormalige Vc. 1994, B.1.7; R.v.St. (Ndl.) 18 september 1990, R.V. 1990, nr. 24; R.v.St. 17 oktober 1992, R.V. 1992, nr. 29. Bij de beoordeling hiervan kunnen cultuur en traditie nog een rol vervullen: G.M.H. HOOGVLIET, “Achterlating een onevenredige hardheid”, in *Gids Vreemdelingenrecht, II, Comm. 11d – 1*, Deventer, Kluwer, losbl. (1996).



## E. BESLUIT

**122.** De leeftijdsgrenzen die vandaag worden gehanteerd om kinderen met een gewone of adoptieve afstammingsband toe te laten tot gezinshereniging, zijn o.i. discriminatoir. T.a.v. minderjarige kinderen stelden we een algemeen recht op gezinshereniging voor tot de leeftijd van achttien jaar, mits de kinderen op dat ogenblik nog minderjarig zijn in toepassing van hun *lex patriae*. In navolging van ons aanknopingsvoorstel en het voorstel tot bilateralisering ervan zou desgevallend de wet van de Staat waar zijzelf of de ouder(s) met wie ze een huishouden vormen<sup>120</sup> stabiel verblijven de meerderjarigheidsgrens bepalen.

**123.** Dat laatste is vooral van belang voor de bepaling van de meerderjarigheidsgrens na de leeftijd van achttien jaar. Kinderen die zowel in toepassing van hun personele recht (*lex patriae* of wet van de Staat van stabiel verblijf) als in toepassing van hun *lex domicili* nog minderjarig zijn, zouden naar ons voorstel eveneens recht op gezinshereniging genieten, zolang ze jonger zijn dan 21 jaar .

**124.** Het recht van meerderjarige kinderen op gezinshereniging zou, zonder verschil op grond van nationaliteit, voor eenieder kunnen worden herleid tot een machtiging op humanitaire gronden.

**125.** Een gewone adoptie verleent geen recht op gezinshereniging. Adoptiekinderen kunnen in dit verband slechts tot het verblijf worden gemachtigd onder dezelfde voorwaarden als pleegkinderen, met dit verschil dat de adoptieouder, zoals overigens ook de pleegvoogd, het ouderlijk gezag uitoefent en dat dit gegeven de verblijfsinstanties gunstig kan stemmen. Het reeds aan de Senaat voorgelegde ontwerp van nieuwe adoptiewet bepaalt dat de oorspronkelijke ouders slechts tot betaling van het levensonderhoud van het kind kunnen worden gehouden als in dat onderhoud niet kan worden voorzien door de adoptieouders<sup>121</sup>. Minstens voor vreemdelingen wier adoptie wordt vastgesteld in toepassing van Belgisch recht kan hieruit impliciet worden afgeleid dat hun feitelijke gezinsleven met de adoptanten ook juridisch wordt geacht te primeren.

---

<sup>120</sup> Cf. *supra*, deel 2B, randnrs 153, 173 en 219: ter bevordering van juridische eenheid binnen het gezin, zouden de minderjarige kinderen hun ouders volgen inzake aanknoping, zolang ze met hen onder één dak wonen of dat tot voor kort deden in het land van herkomst en een voortzetting van de samenwoning wordt beoogd na gezinshereniging.

<sup>121</sup> Ontwerp van adoptiewet, voorgesteld art. 353-14 B.W.

Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het  
gezinsherenigingsrecht

Deel 3A. Het ontstaan van huwelijks gezinsleven

Deel 3B. Het ontstaan van buitenhuwelijks gezinsleven

## **Deel 3B**

# **Het ontstaan van buitenhuwelijks gezinsleven**

Inleiding

Hoofdstuk 1. De buitenhuwelijkse tweerelatie naar Belgisch recht

Hoofdstuk 2. De buitenhuwelijkse tweerelatie naar buitenlands recht

Hoofdstuk 3. De buitenhuwelijkse tweerelatie en het I.P.R.

Hoofdstuk 4. De buitenhuwelijkse tweerelatie en het gezinsherenigingsrecht

Besluit

# INLEIDING

## A. DE GROEIENDE JURIDISCHE ROL VAN DE (FEITELIJKE) SAMENWONING

1. Sinds het arrest-Marckx wordt het huwelijk in het kader van de beoordeling van art. 8 E.V.R.M. niet langer beschouwd als maat voor elke partnerrelatie<sup>1</sup>. Deze nieuwe zienswijze beperkte zich oorspronkelijk tot een casuïstische bescherming van feitelijk gezinsleven in het licht van art. 8 E.V.R.M. Vandaag krijgt ze steeds meer expliciet neerslag in interne regelgeving. De samenwoning begint "in de ordening van ons gezinsrecht de functie te vervullen van een ordeningscriterium dat geleidelijk het rechtstechnische huwelijk als criterium evenaart, zoniet verdringt en vervangt"<sup>2</sup>.

2. De huidige tendens om het monopolie van het huwelijksinstituut terug te schroeven steunt op een dubbele relativering van de juridische waarde van het huwelijk.

3. Enerzijds kunnen de juridische gevolgen van het huwelijk worden gerelativeerd. Vele ervan worden of kunnen worden geneutraliseerd bij het beëindigen van de samenwoning. Bijstand en seksuele omgang zijn in de praktijk immers slechts afdwingbaar zolang beide partners samenwonen. De enige sanctie op de niet-naleving van deze huwelijkse plichten bestaat erin de samenwoningsplicht te schorsen<sup>3</sup>.

4. Anderzijds genieten ook buitenhuwelijkse tweerelaties soms juridische bescherming. Meer nog: inbreuken op de negatieve huwelijksplichten – verbod van samenwonen en seksuele omgang met een andere persoon dan de echtgenoot – worden in meerdere omstandigheden juridisch beschermd, zowel wat hun affectieve, als hun economische aspect betreft en zowel tegenover

<sup>1</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Marckx, *aangeh.*; Hof Mensenrechten, arrest-Kroon, nr. 18535/91, 27 oktober 1994, *Serie A*, nr. 297-C, § 38; P. VAN DIJK en G. VAN HOOFF (1998), 496; P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch Recht: de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 204. A.L.G.A. STILLE, "Het personen- en familierecht in de eenentwintigste eeuw", *Burgerzaken en Recht* 1999, 114-116, voorspelt overigens dat de partnerschapsregistratie in de eenentwintigste eeuw definitief zal worden verlaten.

<sup>2</sup> A. HEYVAERT, "Gehuwd? Och ja, inderdaad, die twee wonen samen. De vervanging van het huwelijk door de samenwoning als scharnier van het gezinsrecht", in R. DILLEMANS (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 159-192.

<sup>3</sup> Aangezien de samenwoningsplicht van openbare orde is, kunnen partners elkaar er niet juridisch van ontheffen, ook niet wederzijds: Cass. 24 juni 1982, *R.C.J.B.* 1985, 557, noot G. BAETEMAN, ter verbreking van Rb. Mechelen 19 januari 1979, *R.W.* 1979-80, 852. Zie ook Cass. 1 februari 1989, *J.T.* 1989, 354 en Cass. 15 februari 1990, *J.T.* 1990, 216. Wél kan op die grond echtscheiding wegens overspel worden gevorderd. Over de evolutie van de wijze waarop hier tegenaan wordt gekeken, m.n. de steeds strengere invulling van de notie 'belediging': zie deel 4 (polygamie), hoofdstuk 3, randnr. 26, voetnoot 61 (bespreking van de samenwoningsplicht).

derden<sup>4</sup> als tegenover de bedrogen echtgenoot<sup>5</sup>.

Ook feitelijke samenwoning geniet m.a.w. juridische bescherming.

5. Daarnaast is het feit van al dan niet samen te wonen ook t.a.v. gehuwden relevant voor de bepaling van de rechtsgevolgen van hun relatie in het echtscheidingsrecht<sup>6</sup>, het huwelijksvermogensrecht<sup>7</sup>, het erfrecht<sup>8</sup>, het afstammingsrecht<sup>9</sup> en het adoptierecht<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> O.m. Cass. 1 februari 1989, *Pas.* 1989, I, 582; Cass. 15 februari 1990, *Pas.* 1990, I, 694, waarmee werd aangenomen dat rechtmatige belangen uit de relatie kunnen voortvloeien zodat een schadevordering t.a.v. derden effect kan ressorteren. Derden moeten daarentegen niet steeds rekening houden met een huwelijk: ze kunnen slechts rekening houden met datgene dat ze redelijkerwijze kunnen kennen. Een louter juridische fictie, zoals een huwelijk zonder samenwoning sinds geruime tijd, kan volgens Heyvaert niet boven hun belangen geplaatst worden.

<sup>5</sup> Cass. 15 februari 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 776, oordeelde dat de bedrogen echtgenoot het overspel nog louter kan invoeren in het kader van een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Hiermee werd gevolg gegeven aan het arrest-Johnston dat de bescherming van het overspelige gezinsleven vooropstelde (Hof Mensenrechten, arrest-Johnston, § 56). Deze conclusie vinden we eveneens terug bij A. HEYVAERT, o.c., 244). Zie ook volgende onrechtstreekse bescherming van de concubinaatsverhouding: indien de echtgenote zich schuldigt maakt aan herhaalde verwijten aan het adres van de vriendin van haar echtgenoot, kan dat voor deze laatste een echtscheidingsgrond uitmaken wegens grove beledigingen: Cass. 16 januari 1976, *R.W.* 1975-76, 2349, *R.C.J.B.* 1977, 571, noot F. RIGAUX.

<sup>6</sup> Art. 301, eerste lid B.W. stelt als referentieperiode voor de bepaling van de onderhoudsuitkering (volgens het criterium van behoud van eenzelfde levensstandaard) de periode van samenwoning voorop.

<sup>7</sup> Art. 1278 Ger. W. bepaalt dat de rechter bij de vereffening van de gemeenschap na echtscheiding kan beslissen om geen rekening te houden met goederen die zijn verworven of schulden die zijn aangegaan sedert het ogenblik dat de feitelijke scheiding is ingegaan. Art. 1446 B.W. bepaalt dat de langstlevende zich na het overlijden van zijn partner de gezinswoning en het huisraad bij voorrang kan doen toewijzen. Het is denkbaar dat t.g.v een voorafgaande langdurige feitelijke scheiding wordt besloten dat niet langer sprake is van een 'gezins'woning.

<sup>8</sup> Art. 915bis § 3, lid 1 B.W.: het reservataire erfrecht van de langstlevende komt in het gedrang wanneer de echtgenoten sinds meer dan zes maanden gescheiden leefden en de erfater, vóór zijn overlijden, een afzonderlijk verblijf heeft gevorderd bij gerechtelijke akte en de betrokkenen later niet opnieuw zijn gaan samenwonen. De erfater kan zijn echtgenoot in dat geval de reservataire rechten bij testament hebben ontnomen.

<sup>9</sup> Sinds het arrest-Marckx en de gelijke behandeling van kinderen met een huwelijkse en buitenhuwelijkse afstamming, zijn de rechtstreekse invloeden van het huwelijk op de afstamming zo goed als algemeen uitgehold. Het vaderschap van de echtgenoot kan met een eenvoudige gerechtelijke verklaring worden weerlegd wanneer het kind is geboren meer dan 300 dagen nadat zich een rechtsfeit voordeed dat op het ophouden van de samenwoning wijst, zij het op voorwaarde dat deze feitelijke situatie uitmondt in een echtscheiding: art. 318 § 3 B.W. Ook is aan feitelijk gezinsleven een rol toebedeeld: een vermoeden van geslachtsgemeenschap met een ongehuwde moeder tijdens de periode van verwekking volstaat om een man als vermoedelijke vader een onderhoudsverplichting op te leggen: art. 324, lid 3 B.W. Aangezien zelden een sluitend bewijs van geslachtsgemeenschap geleverd kan worden en een onderzoek naar het vaderschap in dit verband niet vereist is, wordt voor de aanname van een vermoeden van geslachtsgemeenschap vaak volstaan met een bewijs van samenwoning. Ook in dit verband kunnen we bijgevolg vaststellen dat aan feitelijke samenwoning een steeds grotere juridische waarde wordt toegekend.

<sup>10</sup> Art. 348 §1, 3° B.W. voorziet in een afwijking van de vereiste dat beide oorspronkelijke ouders toestemmen met de adoptie van hun kind. Is het kind geboren meer dan 300 dagen na ingang van de feitelijke scheiding of na de inleidingszitting met het oog op een echtscheiding, zijn de

6. Het Belgische recht voorziet overigens in de mogelijkheid om aan een buitenhuwelijkse samenleving *à la carte* bepaalde rechtsgevolgen te verbinden die overeenstemmen met enkele gevolgen die het huwelijk *de iure*<sup>11</sup> ressorteert<sup>12</sup>. Deze gevolgen hebben betrekking op de o.m. wederzijdse plichten van de partners (een vermogensrechtelijke overeenkomst)<sup>13</sup> en op het erfrecht (een testamentaire begunstiging)<sup>14</sup>.

7. Bij wet van 23 november 1998 is vervolgens met de wettelijke samenwoning voorzien in een juridisch statuut voor samenwonenden<sup>15</sup>. De regeling heeft alle

---

partners ten tijde van de verwekking niet feitelijk herenigd geweest en is de geboorte van het kind niet verborgen gehouden voor de echtgenoot, dan volstaat de toestemming van de moeder. Dit is eveneens het geval als zij het vaderschap niet heeft betwist.

Zie voor de toekomstige regeling: art. 343, 348 en 361 wetsontwerp adoptie, *Parl. St.* Kamer 1366/017 (op 20 maart 2003 na amendering door de Senaat, definitief goedgekeurd door de Kamer, en voor Koninklijke goedkeuring overgemaakt).

<sup>11</sup> Zie overigens ook de rechtspraak waarbij de *overeenkomst* om de in het kader van een echtscheiding overeengekomen onderhoudsplicht te laten aflopen bij nieuw huwelijk, verruimd werd toegepast op de situatie van een opvolgende buitenhuwelijkse tweerelatie die onbetwistbare materiële voordelen met zich meebracht: Cass. 14 december 1990 (7160), *Arr. Cass.* 1990-91, 420; Vred. Landen 23 november 1983, *R.W.* 1983-84, 2559, noot J. WERCKX; Vred. Marchienne-au-Pont 30 januari 1987, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 472 (in het laatste geval onder de voorwaarde dat deze verruimende interpretatie overeenstemde met de gemeenschappelijke wil van de ex-partners en dat de alimentatie steeds terug opeisbaar zou worden bij nieuwe behoefte). *Contra*: Bergen 22 maart 1989, *Rev. not. b.* 1989, 629, noot; Rb. Brussel 24 oktober 1984, *R.W.* 1985-86, 57, noot W. PINTENS.

<sup>12</sup> A. HEYVAERT, *I.c.*, 159-192.

<sup>13</sup> Enkel de afwezigheid van een vorm van publiciteit staat een gelijk(w)aardige tegenstelbaarheid aan derden van een patrimoniale samenwoningsovereenkomst, variabel naar het model van het secundair huwelijksvermogensrecht, in de weg. A. HEYVAERT, *I.c.*, meent overigens dat in elke samenwoning een – desnoods stilzwijgende – overeenkomst zit vervat om de bepalingen van art. 212 tot 224 B.W. (het dwingend, primair huwelijksvermogensrecht) ook op buitenhuwelijkse samenlevingsverbanden toepassing te laten krijgen. Dit volgt volgens Heyvaert alleen al uit het feit dat de bescherming van het – ook feitelijke – gezinsleven, een mensenrecht is (art. 8 E.V.R.M.) en dat art. 14 § 8 E.V.R.M. elke discriminatie, op welke grond ook, bijgevolg ook die van de status (al dan niet gehuwde staat), verbiedt.

In dezelfde zin: Arrondr. Tongeren 1 april 1992, *Limb. Rechtsl.* 1993, 519 en Vred. Aalst 1 september 1992, *T. Vred.* 1992, 326 (m.b.t. art. 215 B.W.); Vred. Aalst 11 juni 1991, *T. Vred.* 1992, 11 (m.b.t. art. 213 en 221 B.W.); J. GERLO, "Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht", *T.B.B.R.* 1998, 40.

<sup>14</sup> A. HEYVAERT, *I.c.*, 189, relateert de rechtstechnische onvergelykbaarheid van het reservataire erfrecht van de langstlevende echtgenoot en het slechts door een expliciete wilsbeschikking instelbare testamentaire erfrecht van de langstlevende in een buitenhuwelijks samenlevingsverband, door het vooropstellen van "vergelykbaarheid in hun fundering". Tussen echtgenoten krijgt de reserve immers – in tegenstelling tot de situatie van alle andere reservataire – pas uitwerking indien de echtgenoot hiertegen geen maatregelen nam in de zin van art. 915bis B.W., zoals hierboven besproken. Daarenboven werd deze reservataire roeping slechts ingesteld sinds 1896, wat Heyvaert doet besluiten dat het een niet zo wezenlijk kenmerk van het huwelijk kan betreffen. Het gaat aldus in beide gevallen om een wilsbeschikking, met als verschil dat men bij echtgenoten van een weerlegbaar vermoeden van wil uitgaat, daar waar tussen samenwonenden wel een positieve handeling geleverd wordt.

<sup>15</sup> Wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning, *B.S.* 12 januari 1999; art. 1475-1479 B.W. Hierover o.m. J. KIRKPATRICK, "La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale (observations C.A. nr. 23/2000, 23 février 2000)", *Journ. Proc.* 2000, 28; P. SENAËVE, "Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van

primairvermogensrechtelijke huwelijksgevolgen overgenomen<sup>16</sup>.

8. Een gelijkaardige evolutie doet zich voor in zo goed als alle westerse rechtsstelsels, zij het met verschillende snelheden. De helft van de E.U.-Lidstaten heeft inmiddels een juridisch statuut voor buitenhuwelijkse tweerelaties ingesteld<sup>17</sup>.

## **B. HET DUBBELE BELANG VAN DE KWALIFICATIE VAN BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIES VOOR HET ONDERZOEK**

9. De hiernavolgende bespreking van de wijze waarop binnen het I.P.R. en het verblijfsrecht wordt omgegaan met buitenhuwelijkse tweerelaties is er in de eerste plaats op gericht om na te gaan binnen welke grenzen buitenhuwelijkse tweerelaties bescherming genieten in toepassing van art. 8 E.V.R.M. en van nationale bepalingen.

10. Een verruimde juridische positionering van buitenhuwelijkse tweerelaties kan evenwel ook zijn nut bewijzen t.a.v. vreemdelingen die worden geconfronteerd met een weigering om hun huwelijk te erkennen<sup>18</sup>, of die hun huwelijk nietigverklaard zien. Zij overbruggen de periode tot een nieuw huwelijk dat naar Belgisch I.P.R. wél wordt erkend, als partners in een feitelijke tweerelatie.

De mate waarin feitelijk concubinaat op familierechtelijk vlak bescherming geniet in het licht van art. 8 E.V.R.M. en het E.U.-recht<sup>19</sup>, is mede bepalend voor de bescherming van de verblijfspositie van personen wier huwelijk is nietigverklaard. De vreemdeling geniet weliswaar niet langer recht op verblijf als echtgenoot van een wettige verblijfhouder. Hij kan evenwel stappen ondernemen om zijn verblijf voort te zetten op grond van zijn feitelijke relatie met de betrokkene.

11. De vreemdeling die in de loop van het huwelijk inmiddels een zelfstandig verblijfsrecht had verworven, ziet het zich retro-actief ontnomen bij

---

de bescherming van de mensenrechten", in X., *De menselijke maat, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Dr. G.P. Hoefnagels*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 91-112; P. SENAËVE, Art. 1475 tot 1479 B.W., in *Comm. Pers.*, 1999; P. SENAËVE, "De wettelijke samenwoning en het geregistreerd partnerschap in het Belgisch recht", *F.J.R.* 1998, 254-259.

<sup>16</sup> Art. 1477 B.W. Het stilzwijgen van de wet over moreel geïnspireerde gevolgen, evenals de soepele regeling voor de beëindiging van de relatie en de gevolgen van die beëindiging, laten toe om aan te nemen dat het statuut van wettelijk samenwonenden en gehuwden niet vergelijkbaar zijn. Buiten de bepalingen van het huwelijksrecht treden overigens nog grotere verschillen op in het afstammingsrecht.

<sup>17</sup> Cf. *infra*, onze bespreking.

<sup>18</sup> Zie reeds Cass. 26 juni 1967, *R.W.* 1967-68, 786: toekenning van schadevergoeding n.a.v. een dodelijk ongeval aan de persoon die met het slachtoffer slechts religieus gehuwd was.

<sup>19</sup> H.v.J., arrest-Eyüp, nr. C-65/98 van 22 juni 2000, *datbank celex*: een louter juridische beëindiging van de familierelatie hoeft niet te beletten dat in het licht van art. 8 E.V.R.M. wordt geoordeeld dat de familieband nooit is verbroken. De feitelijke voortzetting van de samenleving tussen twee voormalige echtgenoten liet toe om voortgezet familieleven aan te nemen.

nietigverklaring van zijn huwelijk. Hierop wordt slechts een uitzondering gemaakt indien hem het voordeel van een putatief huwelijk is verleend. Zoals we reeds aangaven is de Dienst Vreemdelingenzaken bereid om de putativiteit door te trekken naar het verblijfsstatuut<sup>20</sup>. De betrokken vreemdeling geniet van rechtswege recht op voortgezet verblijf.

Andere vreemdelingen zijn tot een nieuwe huwelijksluiting aangewezen op de hiernavolgende regeling.

---

<sup>20</sup> Cf. *supra*, deel 3A, hoofdstuk 2, randnr. 317.

# HOOFDSTUK 1. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE NAAR BELGISCH RECHT

## A. ONTSTAANSGESCHIEDENIS

1. De samenwoning van twee ongehuwden werd tot 1967<sup>1</sup> strijdig bevonden met de openbare orde. In een eerste stap naar meer openheid werd aangenomen dat de band weliswaar niet wettelijk erkend was, maar evenmin de openbare orde of goede zeden verstoorte. Later volgde de aanname dat een buitenhuwelijkse tweerelatie in beginsel<sup>2</sup> niet langer ongeoorloofd was.

Stap voor stap kwamen ook vanuit Europese hoek impulsen om toe te laten dat buitenhuwelijkse partners hun onderlinge relatie in een min of meer juridisch kader plaatsen. Aanbeveling nr. (88)3 van 7 maart 1988 'on the validity of contracts between persons living together as an unmarried couple and their testamentary dispositions' en Aanbeveling 1074 (1988) 'on family policy', beide van de hand van de Raad van ministers van de Raad van Europa, zijn er enkele van<sup>3</sup>.

2. In navolging van enkele Franse voorstellen voor een '*contrat d'union civile*', werden in België de eerste wetsvoorstellen voor een juridisch statuut voor

---

<sup>1</sup> Cass. 26 juni 1967, *R.W.* 1967-68, 786. Zie voorheen *contra*: o.m. Cass. 21 april 1958, *Pas.*, I, 921; Rb. Brussel 27 juni 1968, *Pas.* 1969, III, 45 waarbij begunstiging van de concubant in een verzekeringscontract als nietige schenking werd bestempeld.

<sup>2</sup> De verhouding kan evenwel steeds ongeoorloofd worden bevonden, als zou blijken dat ze louter op seksuele omgang is gericht. Heyvaert acht dit strijdig met de "diepste kern van het recht op privéleven" (met verwijzing naar het arrest-Dudgeon) en meent dat geen enkele inbreuk gerechtvaardigd kan worden in de zin van art. 8, lid 2 E.V.R.M.: A. HEYVAERT, o.c., 248.

<sup>3</sup> De eerste Aanbeveling is erop gericht om te voorkomen dat de Verdragsstaten vermogensrechtelijke overeenkomsten tijdens of na beëindiging van de relatie of onderlinge testamentaire begunstigingen als nietig zouden beschouwen omwille van het buitenhuwelijkse kader waarin ze tot stand zijn gekomen. De tweede Aanbeveling beklemtoont in een eerste punt weliswaar "an increase in other forms of communal life such as cohabitation, and the evolution of the role of women", maar stelt hier slechts een vage aanbeveling "to affirm the pressing need for a general coherent family policy for all families, and to enact laws to ensure its application" tegenover. Zie ook de Resolutie "over de eerbiediging van de rechten van de mens in de Europese Unie" van 1994, *P.B. C.* 320 van 28 oktober 1996, 36, die zich in de overwegingen 83 en 84 nog beperkt tot een aanbeveling tot afschaffing van strafbepalingen die betrekking hebben op homoseksualiteit en tot gelijke behandeling in meerdere rechtstakken, waaronder het burgerlijk recht. De Resolutie van 2000 over de toestand van de grondrechten in de Europese Unie, notulen van 5 juli 2001, voorziet naast de aanbeveling in overwegingen 79-83 om anti-discriminatiewetgeving aan te nemen, tevens in de overwegingen 84 en 85 in een aanbeveling voor de Staten om over te gaan tot "wijziging van hun wetgeving met het oog op erkenning van niet-huwelijkse betrekkingen tussen personen van hetzelfde of verschillend verslacht en toewijzing aan die personen van gelijke rechten; plaatsing op de EU-agenda van het vraagstuk van de wederzijdse erkenning van wettelijk erkende niet-huwelijkse betrekkingen" en "beveelt aan dat de lidstaten wetgeving invoeren houdende een verbod op discriminatie van duurzaam samenwonende personen, en aan deze personen dezelfde gerechtelijke bescherming bieden als die welke geldt voor wettelijk gehuwde echtparen".



ongehuwd samenwonenden ingediend in 1993 en 1994<sup>4</sup>. In juni 1997 kwam het tot een doorbraak met een politiek akkoord van de Vlaamse meerderheidspartijen tot het nastreven van de verwezenlijking van een vermindering van successierechten voor niet-gehuwde samenwonenden, de invoering van een burgerrechtelijk statuut voor deze groep en anderzijds de opheffing van fiscale discriminatie van gehuwden t.a.v. ongehuwd samenwonenden. Een informele werkgroep van vertegenwoordigers van de voornaamste politieke partijen in de Kamercommissie voor Justitie werkte na een hoorzitting met experts in het parlement<sup>5</sup> een voorstel uit tot invoering van de wettelijke samenwoning, dat resulteerde in een nieuwe titel Vbis van boek III van het B.W.<sup>6</sup>

## B. DE WETTELIJKE SAMENWONING NAAR BELGISCH RECHT

3. De situering van het statuut in boek III van het B.W., 'op welke wijze eigendom verkregen wordt', geeft uiting aan het feit dat de Belgische wetgever, ondanks meerdere maatschappelijke signalen, de tijd nog niet rijp achtte om een nieuwe burgerlijke staat in het leven te roepen. De wettelijke samenwoning voorziet in een soort van tussenstatuut<sup>7</sup>.

4. Slechts enkele persoonlijke gevolgen van het huwelijk, nl. art. 215, 220 §1, 221, 1°, 222 en 224 §1, 1° B.W., zijn naar werkingssfeer uitgebreid tot

<sup>4</sup> Wetsvoorstel van 20 juli 1993 tot instelling van een instapregeling voor samenwonenden, *Parl. St. Kamer* 1992-93, nr. 1143/1 en *Parl. St. Senaat* 1995-96, nr. 1-172/1, 23 november 1995; Wetsvoorstel van 2 maart 1994 betreffende het samenlevingscontract, *Parl. St. Kamer* 1993-94, nr. 1340/1 en *Parl. St. Senaat* B.Z. 1995, nr. 1-114/1, 3 oktober 1995; Wetsvoorstel ter bescherming tegen discriminatie op grond van geslacht en seksuele of relationele voorkeur, *Parl. St. Kamer* 1995-96, nr. 600/1, later gekoppeld aan de behandeling van de twee wetsvoorstellen *Parl. St. Kamer* 1995-96, nr. 170/1, 23 oktober 1995 en nr. 372/1, die de basis vormden voor de uiteindelijke bespreking in de Commissie voor de Justitie.

<sup>5</sup> Verslag namens de Commissie voor de Justitie van 9 juli 1997, *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 170/8, 15-58.

<sup>6</sup> Wetsvoorstel betreffende het samenlevingscontract, tekst aangenomen door de Commissie voor de Justitie, 11 maart 1998, *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 170/9-95/96; Ontwerp van wet tot invoering van de wettelijke samenwoning, tekst aangenomen in plenaire vergadering en overgezonden aan de Senaat, 19 maart 1998, *Parl. St. Kamer* 1997-98, nr. 170/12-95/96; Ontwerp geamendeerd door de Senaat, 20 juli 1998, *Parl. St. Senaat* 1997-98, nr. 170/13-95/96; Verslag namens de Commissie voor de Justitie, 23 oktober 1998, *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 170/15-95/96; Tekst aangenomen in plenaire vergadering, 29 oktober 1998, *Parl. St. Kamer* 1998-99, nr. 170/16-95/96; Wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning, *B.S.* 12 januari 1999.

<sup>7</sup> Voor sociologische verklaringen voor de gegroeide openheid voor het concubinaat: zie J. POUSSON-PETIT, "Concubinages: une approche comparative des droits européennes et américaines", in J. RUBELLIN-DEVICHI (ed.), *Les concubinages. Approches socio-juridiques*, Paris, CNRS, 1986, 168-177: angst voor onrijpe huwelijken, gearrangeerde en gedwongen huwelijken, zakelijke huwelijken, huwelijken louter op procreatie gericht; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, 30-33: het huwelijk wordt niet langer gekenmerkt door stabiliteit en duurzaamheid.

buitenhuwelijkse tweerelaties<sup>8</sup>. Ze betreffen slechts het vermogensrechtelijke en geldelijke aspect van de samenwoning. Daarnaast is - weliswaar suppletief - bepaald dat enkel goederen zonder eigendomsbewijs in onverdeeldheid zijn<sup>9</sup>.

5. De wettelijke samenwoning wordt ontbonden door het huwelijk – het stelt bijgevolg geen huwelijksbeletsel in – of overlijden van één van de partners, door onderlinge toestemming of op eenzijdig verzoek<sup>10</sup>.

In een onderhoudsuitkering is niet voorzien, ook niet ingeval van behoefte, en dit ongeacht de duur van de relatie. Bepaalde rechtspraak wijst evenwel uit dat ook de beëindiging van een feitelijke samenwoning aanleiding kan geven tot toekenning van een onderhoudsuitkering, hetzij op quasi-delictuele basis – het loutere feit de samenwoning te verbreken vormt evenwel geen fout<sup>11</sup> –, hetzij op grond van een natuurlijke verbintenis, die ontstaat wanneer één van de partners in grote mate voor de gezinsuitgaven en het onderhoud van de andere partner instaat, en die kan worden omgevormd in een rechtens afdwingbare gerechtelijke verbintenis<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Art. 1477 B.W., ingevoegd bij wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning. Willekens pleitte reeds in 1982 voor een toepassing van art. 215 en 221, 1° B.W. op de buitenhuwelijkse tweerelatie: H. WILLEKENS, "De werking van grondrechten in de verhouding tussen samenwonende seksuele partners", in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 386-388.

<sup>9</sup> Art. 1478 B.W.

<sup>10</sup> Zie evenwel *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr. 1450/1 van 17 oktober 2001: Wetsvoorstel tot regeling van de gerechtelijke procedure van beëindiging van de wettelijke en feitelijke samenwoning. Het voorstel beoogt (ook feitelijk) samenwonenden toegang te verlenen tot de kortgedingrechter, met het oog op dringende en voorlopige maatregelen m.b.t. de persoon, het levensonderhoud en de goederen van de partner en de kinderen. De rechter zou de duur van de maatregelen bepalen. Deze zouden hoogstens een jaar gelden. Art. 1280 Ger. W. en art. 302 B.W. zouden van overeenkomstige toepassing gemaakt worden. Dit voorstel zou uitvoering geven aan één van de becommenissen van de hierboven aangehaalde Europese Resolutie van 2000 (Resolutie van 2000 over de toestand van de grondrechten in de Europese Unie, notulen van 5 juli 2001). Het voorstel is inmiddels evenwel vervallen door de parlementsontbinding.

<sup>11</sup> Rb. Brussel 24 november 1987, *J.T.* 1988, 501. Voor overige verwijzingen: zie N. VERHEYDEN-JEANMART, "Le ménage de fait", *R.P.D.B.*, Compl. VIII, 1995, 449. Schadevergoeding werd wél toegekend in een geval waarbij de verbreking een fout vertoonde: Luik 18 april 1989, *Rev. tr. dr. fam.* 1990, 141; Gent 25 maart 1991, *T.G.R.* 1991, 110. *Contra*: Rb. Leuven 3 juni 1991, *R.W.* 1992-93, 130, noot J. ROODHOOFT (de loutere afwezigheid van voorzieningen om de economisch zwakkere partner te beschermen is geen voldoende reden om hem een onderhoudsuitkering toe te kennen).

<sup>12</sup> Luik 20 juni 1990, *J.L.M.B.* 1991, 157; Rb. Gent 9 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 2961, kritische noot J. PAUWELS; Rb. Brugge 16 januari 1996, *T. Not.* 1996, 224; Rb. Leuven 27 september 1996, *Journ. Proc.* 1996, afl. 313, 26, noot P. LEGROS en J. NYS; Vred. Gent 4 november 1996, *R.W.* 1997-98, 266-269, noot F. APS. Bepaalde rechters verwezen naar de toepasselijkheid van art. 213, 215 en 221 B.W.: o.m. Arrondrb. Tongeren 1 april 1992, *Limb. Rechtsl.* 1993, 519 en Vred. Aalst 1 september 1992, *T. Vred.* 1992, 326 (m.b.t. art. 215 B.W.); Vred. Aalst 11 juni 1991, *T. Vred.* 1992, 11 (m.b.t. art. 213 en 221 B.W.; koppeling van de plicht aan de schuldvraag; rechtsgrond in art. 8 en 14 E.V.R.M.; *in casu* 10 jaar samenwoning en weigering van onderhoudsuitkering omdat geen behoefte werd vastgesteld). Zie ook J. GERLO, "Recente ontwikkelingen in het alimentatierecht", *T.B.B.R.* 1998, 40; A. HEYVAERT, *I.c.*

Een opzegging van de verbintenis zou slechts mogelijk zijn mits inachtnaam van een redelijke opzegtermijn: A. HEYVAERT, "Het concubinaat in de burgerrechtelijke praktijk", in J. GERLO e.a., *Commentaar Personen- en Familierecht, I.c.*, 20. *Contra*: F. APS, "De natuurlijke verbintenis

6. Ook het ouderlijk gezag<sup>13</sup>, de wettelijke voogdij en het erfrecht zijn in de regeling van de wettelijke samenwoning ongewijzigd gelaten<sup>14</sup>.

7. Evenmin is in een IPR-regeling voorzien<sup>15</sup>.

8. De regeling van de wettelijke samenwoning maakt bovendien geen

---

als rechtsgrond voor de toekenning van een persoonlijk onderhoudsgeld na de beëindiging van de concubinaatsrelatie?", (noot onder Vred. Gent 4 november 1996), *R.W.* 1997-98, 266-269; P. SENAEEVE, "Familierechtelijke aspecten van ongehuwd samenwonen", in KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSEN (ed.), *Ongehuwd samenwonen*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 93; J. PAUWELS, noot onder Rb. Gent 9 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 2961 (impliciet), menen dat geen sprake is van een natuurlijke verbintenis, aangezien het ontstaan daarvan niet enkel op een persoonlijke gewetensplicht moet zijn gesteund, maar tevens op een algemeen maatschappelijk aanvaard besef, dat nog ontbreekt (toen althans nog, volgens de auteurs). Volgens hen bestaat de enige mogelijkheid erin een (vanzelfsprekend facultatieve) concubinaatsovereenkomst aan te gaan die in een onderhoudsuitkering voorziet en de onderhoudsplicht aldus in beginsel loskoppelt van de schuldvraag.

Hierover uitgebreid: P. SENAEEVE, "De onderhoudsverplichting tussen wettelijk samenwonenden en tussen concubinerenden", in P. SENAEEVE (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001, randnrs 14 en 20: automatisch verval van het desgevallend tijdens de wettelijke samenwoning toegekende recht op een onderhoudsuitkering (tijdens de relatie toegekend n.a.v. de niet-naleving door de partner van zijn plicht tot bijdrage in de samenwoning).

<sup>13</sup> Ook de Nederlandse Hoge Raad oordeelde in 1989 nog dat het niet discriminatoir is om aan een lesbisch koppel een gezamenlijke gezagsuitoefening te ontzeggen op grond van de stelling dat een wettelijke afstamming daartoe een *conditio sine qua non* is: H.R. 24 februari 1989, *N.J.* 1989, nr. 741, noot E.A. ALKEMA en E.A.A. LUIJTEN.

<sup>14</sup> De Nieuwe Adoptiewet voorziet inmiddels wel reeds in een regeling inzake adoptie door wettelijk samenwonenden: *Parl. St. Kamer* 1366/017. Op meerdere punten had o.i. verder gegaan kunnen worden (zie ook: P. SENAEEVE, "De wettelijke samenwoning en het geregistreerd partnerschap in het Belgisch recht", *F.J.R.* 1998, 258; P. SENAEEVE, "Beschouwingen rondom huwelijk, homoseksualiteit en institutionalisering van tweerelaties op de drempel van de 21ste eeuw", in X., *Mens en recht. Essays tussen rechtstheorie en rechtspraktijk. Liber Amicorum J.M. Broekman*, Leuven, Peeters, 1997, 313-327; A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners: de samenwoning van volwassenen*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 2001; "Advies en voorstel voor een aantal I.P.R.-bepalingen inzake het geregistreerd partnerschap van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht", *weergeg.* in *F.J.R.* 1998, 146; J. RUBELLIN-DEVICHI, "Personnes et droit de la famille", *R.T.D. Civ. (fr.)* 1990, 53). Niet alleen in het burgerlijk recht, maar ook in andere rechtstakken, zoals het strafrecht had aan de wettelijke samenwoning een ruimere werking kunnen worden verleend. Zo is de regeling van art. 462 Sw., die stelt dat diefstal van bloed- of aanverwanten slechts aanleiding geeft tot burgerrechtelijke vergoeding en dus niet strafrechtelijk wordt vervolgd, niet van toepassing op concubanten: *Corr. Gent* 12 januari 1994, *R.W.* 1995-96, 458, noot E. VAN MUYLEM. Het Arbitragehof heeft dit bevestigd: de voormalige art. 370 en 371 Sw. (opgeheven bij Wet van 28 november 2000, *B.S.* 17 maart 2001) schonden het gelijkheidsbeginsel in zoverre de ontvoering van een mannelijke minderjarige of de ontvoering door een meerderjarige vrouw niet vervolgd werd, maar doen dat niet in hoofde van de regel dat enkel het huwelijk en niet de buitenhuwelijkse tweerelatie een vervolgingsopschortend effect hebben: *Arbh.* 10 november 1999, *B.S.* 29 december 1999).

<sup>15</sup> Sinds de hervorming van het afstammingsrecht in 1987 bestaat nochtans geen valabel beletsel meer om adoptie mogelijk te maken voor heteroseksuele samenwonenden: P. SENAEEVE, "De rechtswaardering van het concubinaat in België anno 1992", in P. SENAEEVE (ed.), *Concubinaat. De buitenhuwelijkse tweerelatie*, Leuven, Acco, 1992, 66-67; P. SENAEEVE, "Actuele problemen aangaande de burgerrechtelijke regeling van de adoptie", in P. SENAEEVE (ed.), *Actuele vraagstukken van interlandelijke en inlandse adoptie en van verlatenverklaring*, Leuven, Acco, 1995, 185.

onderscheid naargelang er al dan niet sprake is van een seksuele tweerelatie. De samenleving van twee zussen (familiale tweerelatie) wordt aldus op dezelfde manier juridisch vorm gegeven als een homo- of heteroseksuele tweerelatie.

Vanuit de rechtsleer gingen dan ook snel stemmen op om tevens een geregistreerd *partnerschap* in te voeren, geïnspireerd op het Deense, Noorse, Zweedse, IJslandse, Finse en Nederlandse model, dat homoseksuelen met het geregistreerd partnerschap een juridisch gelijkwaardig alternatief voor het huwelijk biedt. Volgens bepaalde auteurs is de instelling van dergelijk partnerschap vereist in het licht van het gelijkheidsbeginsel<sup>16</sup>. De regeling tot instelling van het homohuwelijk die inmiddels is gestemd, is ingegeven door eenzelfde betrachting.

9. Na deze korte situering, die ons verderop in de mogelijkheid zal stellen om buitenlandse partnerrelaties op hun assimileerbaarheid met de Belgische regeling te beoordelen, staan we stil bij de plaats van buitenhuwelijke tweerelaties in het verblijfsrecht. Daarna gaan we in op de I.P.R.-problemen die vandaag in dit verband rijzen, n.a.v. de grote diversiteit in relatievormen over de landsgrenzen heen.

---

<sup>16</sup> P. SENAËVE en E. COENE, *Geregistreerd partnerschap*, Antwerpen, Maklu, 1998, 229-256; P. SENAËVE, "De Belgische 'wettelijke samenwoning' en het Franse 'pacte civil de solidarité'. Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen", in A. VERBEKE en F. BOUCKAERT (eds), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber Amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 453; P. SENAËVE, *I.c.*, *F.J.R.* 1998, 258; P. SENAËVE, "Homohuwelijk of geregistreerd partnerschap", *VI. Jurist* 1997, 13-14.

## HOOFDSTUK 2. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE NAAR BUITENLANDS RECHT

1. Meerdere Staten verlenen hun onderdanen sinds enkele jaren de mogelijkheid om hun partnerrelatie buiten het huwelijk om een juridische grondslag te verlenen.

2. De Noordse Staten hebben in dit verband een pioniersrol vervuld. Denemarken (sinds 1989)<sup>1</sup>, Noorwegen (sinds 1993)<sup>2</sup>, Zweden (sinds 1994)<sup>3</sup>, IJsland (sinds 1996)<sup>4</sup> en Finland (sinds 2001)<sup>5</sup> opteerden via een 'similar but separate'-approach voor een systeem van partnerschapsregistratie. Deze regeling beperkt zich tot op vandaag evenwel tot homoseksuelen. In Zweden en Noorwegen is daarnaast t.b.v. heteroseksuelen een wet aangenomen die feitelijk samenwonenden op vele vlakken gelijkstelt met gehuwden<sup>6</sup>.

Homoseksuele partners kunnen hun relatie juridisch vorm geven op een gelijkwaardige wijze als gehuwden. De wetgever van de betrokken Staten heeft door zijn optie voor twee afzonderlijke familierechtelijke instellingen weliswaar aangegeven dat hij een assimilatie van beide relatievormen niet aangewezen achtte. Deze stellingname belet evenwel niet dat vergelijkbare situaties gelijk moeten worden behandeld. Het is overigens denkbaar dat de verschillende benaming van de statuten louter is ingegeven door de doelstelling om de traditionele invulling van het huwelijksbegrip niet aan te tasten, zonder dat daarom de *inhoudelijke* invulling zou moeten verschillen. We komen hier later op terug, voor wat betreft de aangewezen behandeling binnen het familierecht en binnen het verblijfsrecht.

3. Heteroseksuelen genieten in Denemarken, Finland en IJsland geen alternatief voor het huwelijk<sup>7</sup>. Een uitbreiding van het toepassingsgebied van de regeling inzake partnerschapsregistratie tot heteroseksuelen zou hoedanook geen juridische meerwaarde bieden, aangezien de regeling gelijkaardige plichten en

<sup>1</sup> Law nr. 372 on Registered Partnership van 7 juni 1989 (Lov om registreret partnerskab), <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/dk/denmark-act.html>; A. WACKE, "Die Registrierung homosexueller Partnerschaften in Dänemark", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht: Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht* (Dtsl.) 1990, 347-351.

<sup>2</sup> Law nr. 40 on Registered Partnership (Lov om registrert partnerskap), 30 April 1993, <http://www.lovdato.no/all/nl-19930430-040.html>.

<sup>3</sup> Law on Registered Partnership (Lag om registrerat partnerskap), 23 juni 1994, <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/se/sweden-act.html>.

<sup>4</sup> Law nr. 87 on Confirmed Cohabitation (Lög um staðfesta samvist), 12 juni 1996, <http://www.althingi.is/lagas/126a/1996087.html>.

<sup>5</sup> Wet nr. 950 van 27 september 2001, aangeh. in REUTERS, "Finland Approves Gay Couples Law", 28 september 2001 (persbericht).

<sup>6</sup> Hierover P. SENAEVE en E. COENE, *Geregistreerd partnerschap: pleidooi voor de institutionalisering van de homoseksuele tweerelatie*, Antwerpen, Maklu, 1998.

<sup>7</sup> Inzake sociale zekerheid en fiscaliteit worden heteroseksuele samenwoners o.m. in IJsland de facto evenwel gelijk behandeld als geregistreerde homoseksuele partners.

rechten instelt als een huwelijk. De wetgever van de betrokken Staten heeft niet beoogd om een huwelijk *à la carte* in te stellen, noch voor homoseksuelen, noch voor heteroseksuelen.

Deze vaststelling kan van belang zijn om in te schatten hoe de betreffende Noordse autoriteiten staan tegenover buitenlands recht dat wél dergelijke tussenstatuten instelt. We vermoeden evenwel dat terughoudendheid op internrechtelijk vlak niet hoeft te beletten dat buitenlandse ‘zwakkere’ statuten t.b.v. homoseksuelen worden erkend, in het licht van het adagium ‘*qui peut le plus, peut le moins*’. T.a.v. heteroseksuelen ligt dit enigszins anders, nu voor hen in de betrokken Staten geen alternatief voor het huwelijk bestaat. Gelijkheidsdenken, in die zin dat als homoseksuelen een losser gezinsverband kunnen aangaan, het aanvaardbaar is dat heteroseksuelen dat ook kunnen, zal de rechter er evenwel vermoedelijk toe aanzetten om ook dergelijke buitenlandse relatievormen te erkennen.

4. De meeste Staten en deelstaten die recenter een regeling voor buitenhuwelijkse tweerelaties instelden, m.n. Aragón<sup>8</sup>, België, Frankrijk, Navarra<sup>9</sup>, Valencia<sup>10</sup>, de Balearen<sup>11</sup>, Asturias<sup>12</sup>, en Nederland hebben een statuut uitgewerkt dat geen onderscheid maakt op grond van seksuele voorkeur. Slechts de Duitse wet tot instelling van een “*Eingetragene Lebenspartnerschaft*” sluit zich aan bij de eerste regelingen en beperkt zich tot homoseksuele koppels voor wie dezelfde plichten en eenzelfde ontbindingsregeling geldt als voor heteroseksuele gehuwden<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Wet nr. 6/1999 van 26 maart 1999 de parejas estables no casadas, BOE número 095-1999, 21 april 1999. Over de regelgeving van beide Spaanse deelstaten: [www.iglhrc.org/news/factsheets](http://www.iglhrc.org/news/factsheets); D. GARCIA-PARDO, *Notas sobre las leyes catalana y aragonesa de uniones de hecho*, Universidad Complutense de Madrid, paper in het kader van de “IX Congreso internacional de derecho eclesiástico del estado”; J.F. GALGUERA, *Estudio comparativo de las normas catalan y aragonesa sobre parejas de hecho*, paper in kader van IX Congreso internacional de derecho eclesiástico del estado, 29 p. De wet stelt de wilsautonomie centraal. Slechts als geen bepalingen zijn getroffen, geldt o.m. de regel dat beide partners naar eigen vermogen instaan voor de lasten van het huishouden. Er geldt van rechtswege een hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden die in dat verband worden aangegaan. De ontbinding kan naar evenals naar Belgisch recht eenzijdig gebeuren. Een feitelijke scheiding sinds een jaar beëindigt de relatie van rechtswege.

<sup>9</sup> Wet nr. 6/2000 van 3 juli 2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables, BOE número 214-2000, 6 september 2000.

<sup>10</sup> Ley por la que se regulan las uniones de hecho, 9 april 2001, 93 *Boletín Oficial de las Cortes Valencianas* 12404, <http://www.corts.gva.es/esp>.

<sup>11</sup> Wet nr. 18/2001 van 19 december 2001 de Parejas Estables, BOE nr. 014-2002, 16 januari 2002.

<sup>12</sup> Wet nr. 4/2002 van 23 mei 2002 de Parejas Estables, BOE nr. 157-2002, 2 juli 2002.

<sup>13</sup> Wet van 16 februari 2001 “zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften” (ook genoemd: *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*; afgekort als LpartG.), BGBl I 266. De wet is op 10 juli 2002 door het Grondwettelijk Hof in zijn grondwettelijkheid bevestigd (Associated Press 17 July 2002). Het ontstaan van het partnerschap wordt van dezelfde grondvoorwaarden afhankelijk gesteld als de Belgische wettelijke samenwoning. De gevolgen ervan reiken evenwel verder, naar analogie met de Noordse en Nederlandse partnerschappen. De gelijke behandeling wordt evenwel niet doorgetrokken naar het geheel van het recht. De regeling geeft bv. geen recht op een gedeeld

5. De partnerregeling van Catalunya bevat een verschillende regeling voor homoseksuele en heteroseksuele koppels, maar beperkt het verschil in behandeling tot de wijze van ontstaan van de relatie en tot enkele erfrechtelijke gevolgen, het laatste in het voordeel van homoseksuele koppels<sup>14</sup>.

6. Slechts de Nederlandse regeling van 1998 inzake het geregistreerde partnerschap<sup>15</sup> sluit aan bij de Noordse regelingen en stelt een statuut in dat vergelijkbaar is met dat van gehuwden<sup>16</sup>.

---

pensioen na ontbinding van de relatie. Om die reden benoemen we het statuut niet als een geregistreerd partnerschap, ook al vormt dit de lettelijke vertaling van "*Eingetragene Lebenspartnerschaft*". Hierover o.m. D. HENRICH, "Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft", *FamRZ.* 2002, 137; K. SCHWEPPE, "Germany", in C. HAMILTON en A. PERRY, *Family law in Europe*, London, Buttersworth, 2002, 257; P. WACKE, *Münchener Kommentar BGB*, 2000, vol. 7, na s. 1302; R. WAGNER, "Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft", *IPRax* 2001, 289.

<sup>14</sup> Wet nr. 19/1998 van 15 juli 1998 de uniones estables de pareja, 309 *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya (BOPC)* 24738, <http://www.parlament-cat.es/porta.htm>. Het statuut kan door een heteroseksueel koppel worden aangegaan na een samenleving sinds minstens twee jaar of zodra ze kinderen hebben, of na officiële terschriftstelling van de wil om het statuut in te stellen. Homoseksuelen genieten slechts de laatstgenoemde instapformule. De eerste formule schept evenwel bewijsproblemen. De wet bepaalt weliswaar dat het bewijs, met alle middelen, van twee jaar samenwoning volstaat, maar biedt volgens GARCIA-PARDO, *I.c.*, 4, te weinig rechtszekerheid. Een automatische instelling van het instituut laat samenwonenden overigens niet de kans om louter feitelijk samen te wonen: M.J. GUTIERREZ DEL MORAL, *El derecho a no contraer matrimonio*, Univ. de Girona, paper in het kader van de IX Congreso internacional de derecho eclesiástico del estado, *onuitg.* Beide regelingen stellen de wilsautonomie centraal. Slechts als geen bepalingen zijn getroffen, geldt o.m. de regel dat beide partners naar eigen vermogen instaan voor de lasten van het huishouden. Er geldt van rechtswege een hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden die in dat verband worden aangegaan. De wet beschermt bovendien de gezinswoning en het huisraad tegen eenzijdige beschikking door één van de partners en stelt eveneens sociaalrechtelijke voordelen in. De ontbinding kan evenals naar Belgisch recht eenzijdig gebeuren. Een feitelijke scheiding sinds een jaar beëindigt de relatie van rechtswege. De wet beschermt homoseksuele partners in het erfrecht voorts beter dan heteroseksuele partners en voorziet in de mogelijkheid voor de behoeftige langstlevende om tot een vierde van de nalatenschap op te eisen van de descendenten of ascendenten, in natura of in geld, zoals de erfgenamen verkiezen. Hij heeft ook recht op een proportioneel deel van de inkomsten en renten die de erfenis heeft opgebracht sinds het overlijden. Zijn er geen ascendenten of descendenten, maar wel collateralen tot in de tweede graad of hun kinderen, dan heeft de langstlevende recht op de helft van de nalatenschap. Zijn er ook geen familieleden van de genoemde graad, dan erft de langstlevende alles, met uitsluiting van andere familieleden: art 34.1 Catalaanse wet. Art. 35 van de preambule geeft aan dat deze verschillende behandeling is ingegeven door het verschil in mogelijkheid om te huwen.

<sup>15</sup> Titel 5a B.W., ingevoegd op 1 januari 1998. Hierover o.m. H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Het geregistreerd partnerschap, het 'homohuwelijk' en het internationaal privaatrecht", *N.J.B.* 1999, 30-31; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Het Pacte Civil de Solidarité, het geregistreerde partnerschap, het opengestelde huwelijk en het Nederlandse internationaal privaatrecht", *N.J.B.* 2000, 884; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk. Nederlands relatierecht en de Europese Unie", *N.J.B. (Ned.)* 2001, 2035-2040; I.S. JOPPE, "Het geregistreerd partnerschap in het Nederlands IPR", *WPNR* 2000, 371-377 en 391-395; W. SCHRAMA, "Niet-huwelijkse leefvormen en het internationaal privaatrecht", *F.J.R.* 1999, 131-133; P. VONKEN, "Internationaal privaatrecht", in *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, Boekdeel 1, titel 5, 64.

<sup>16</sup> Zie ook de strengere ontbindingsregeling van de Nederlandse partnerschapsregistratie in vergelijking met een wettelijke samenwoning of PACS: P. BORGHS, "De openstelling van het

7. België en Frankrijk voorzien in een statuut, resp. de wettelijke samenwoning en het PACS<sup>17</sup>, dat beduidend veel verder van het huwelijksinstituut afstaat. We illustreerden dit hierboven voor de Belgische wettelijke samenwoning. De regeling van het PACS is gelijkaardig, maar is wél opgenomen in boek I C.C., bij de bepalingen inzake de staat van de persoon.

Enkele andere Staten waar in een statuut is voorzien dat inhoudelijk evenwel duidelijk onderscheiden blijft van het huwelijk, zijn Portugal<sup>18</sup>, Hongarije<sup>19</sup>, Litouwen<sup>20</sup>, het Zwitserse kanton Genève<sup>21</sup> en Australië<sup>22</sup>.

In Luxemburg<sup>23</sup>, Schotland<sup>24</sup>, Spanje, Slovenië, Tsjechië<sup>25</sup>, het V.K.<sup>26</sup> en

---

burgerlijk huwelijk voor partners van hetzelfde geslacht", *Nieuwsbrief Liga voor Mensenrechten* september 2001, 4.

<sup>17</sup> Pacte civil de Solidarité, wet nr. 99-944 van 15 november 1999, *D.* 1999, L 515-517. Hierover o.m. H. FULCHIRON, "Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé", *J.D.I.* (Fr.) 2000, 889-913; G. KHAIRALIAH, "Les 'partenariats organisés' en droit international privé (Propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité)", *Rev. crit. dr. intern. privé* (Fr.) 2000, 317-330; J.J. LEMOULAND, "Présentation de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité", *D.* 1999, 483-487 (met overzicht van doorwerking in het geheel van het recht); C. RICHARDS, "The legal recognition of same-sex couples - the French perspective", *I.C.L.Q.* 2002, 305-324; J. RUBELLIN-DEVICHI, "Personnes et droit de la famille", *R.T.D. Civ.* (fr.) 1990, 53-63; E. STEINER, "The spirit of the new French registered partnership law - promoting autonomy and pluralism or weakening marriage?", *Child and Family Law Quarterly* 2000, 1-14. De bijdrage van J.J. LEMOULAND, "Mariage – concubinage – Pacte civil de solidarité", *D.* 2000, 411-420, wijst uit dat het PACS vergelijkbaar is met de Belgische wettelijke samenwoning. Voor een vergelijking: P. SENAEEVE, "De Belgische 'wettelijke samenwoning' en het France 'pacte civil de solidarité'. Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen", in A. VERBEKE en F. BOUCKAERT (eds), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber Amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 437-453.

<sup>18</sup> Wet nr. 7/2001 van 11 mei 2001 betreffende de duurzame partnerrelaties (Adopta medidas de protecção das uniões de facto), [2001] 109 (I-A) *Diário da República* 2797, <http://www.portugalgay.pt>, [www.steff.suite.dk/eurolet.htm](http://www.steff.suite.dk/eurolet.htm).

<sup>19</sup> Art. 685/A burgerlijk wetboek, herzien bij wet nr. 42 van 1996, voorziet in een statuut voor samenwoners, maar voorziet niet in een systematische registratie ervan. De partners kunnen volledig vrijwillig een verklaring afleggen in het stadhuis. De geldigheid van de relatie wordt evenwel los daarvan beoordeeld. Een registratie versoepelt louter de bewijslast.

<sup>20</sup> Het nieuwe burgerlijk wetboek van 18 juli 2000 voorziet in een mogelijkheid voor personen die sinds een jaar samenwonen om een geregistreerd partnerschap aan te gaan. Er wordt evenwel geen melding van het partnerschap gemaakt in de registers van de burgerlijke stand.

<sup>21</sup> Loi sur le partenariat van 15 februari 2001 (7611) (RSG E 1 27), <http://www.geneve.ch/recherche/welcome.asp>. Het statuut heeft evenwel geen fiscaal-, socialezekerheids- en adoptierechtelijke gevolgen.

<sup>22</sup> Australische Domestic Relationships Act 1994 (zie ook New South Wales Property (Relationships) Legislation Amendment Act 1999, Queensland Property Law Amendment Act 1999, Victoria Statute Law Amendment (Relationships) Act 2001).

<sup>23</sup> Projet de loi sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, 29 november 2002, gespiegeld aan het Franse PACS, maar met een meer consensuele inslag (geen stemming verwacht vóór eind 2003).

<sup>24</sup> Schots Parlement, S1M-2596, Sectie F, Business Bulletin nr. 6/2002, 14 januari 2002: naar het voorbeeld van het Engelse wetsvoorstel dat voorligt in de House of Commons. Hierover IAN SUMNER, "Legal position of same-sex partners in English law", in K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS (eds), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, 2003, 120.



Zwitserland<sup>27</sup> wordt aan een regeling gewerkt<sup>28</sup>.

8. Daarnaast voorzien meerdere Staten in een juridische erkenning van de *facto* relaties.

9. Zweden en Noorwegen verlenen samenwoners die niet opteren voor een geregistreerd partnerschap van rechtswege een minimaal statuut met rechten en plichten<sup>29</sup>.

De aangehaalde Hongaarse regeling omvat slechts een regeling in die zin, aangezien een registratie van de relatie slechts dient ter versoepeling van de bewijslast. Ook zonder registratie wordt het bestaan van een statuut aangenomen.

10. De Gabonese familiewet van 1972 voorziet in een afzonderlijke titel tot regeling van de *union libre* en in een titel voor de *liaison irrégulière*<sup>30</sup>. Ook een louter feitelijke verhouding ressorteert er na verloop van tijd bepaalde rechtsgevolgen. Een *union libre* van ruim twee jaar stelt bv. een wederzijdse plicht tot bijstand in geval van ziekte in, mits die niet het gevolg is van dronkenschap, drogering of slecht gedrag<sup>31</sup>.

11. Andere Staten stellen geen specifiek statuut in voor samenwoners, maar blijken wél bepaalde rechtsgevolgen te verbinden aan een louter *feitelijke* samenwoning.

Het concubinaat is een vaak voorkomende relatievorm in o.m. China, Japan<sup>32</sup>,

<sup>25</sup> Op 26 oktober 2001 heeft het parlement voor een derde maal (ook in 1998 en 1999) een voorstel tot partnerschapsregistratie verworpen. Het voorstel beoogde gelijke erfrechten en sociale-zekerheidsrechten in te stellen als voor gehuwden, *Gay.com* UK 26 October 2001.

<sup>26</sup> Een voorstel tot 'Relationships (Civil Registration) Bill' en tot 'Civil Partnerships Bill' zijn ingediend in resp. de House of Commons op 24 oktober 2001 en de House of Lords op 9 januari 2002. In Londen, Manchester en Liverpool kunnen partners zich reeds laten registreren. Deze registratie creëert evenwel vooralsnog, zoals voorheen ook in België, geen rechtsgevolgen. (*Gay.com/PlanetOut.com Network*, "London Advances Gay Rights", 28 juni 2001; *The Scotsman*, "Scotland to Approve Same-sex Weddings", 9 mei 2002).

<sup>27</sup> Een recent referendum in Zürich wees uit dat 63% van de bevolking ook op die terreinen gelijke behandeling wil. Een nieuwe regeling die openstaat voor partners die sinds zes maanden samenwonen zou op til zijn: *Associated Press*, "Gays Get Marriage Rights in Zurich", 22 september 2002.

<sup>28</sup> Voor een opvolging van deze werkzaamheden: [http://www.ilga.org/Information/legal\\_survey/ilga\\_world\\_legal\\_survey%20introduction.htm](http://www.ilga.org/Information/legal_survey/ilga_world_legal_survey%20introduction.htm); [www.gaylawnet.com](http://www.gaylawnet.com).

<sup>29</sup> P. SENAËVE, "De Belgische 'wettelijke samenwoning' en het France 'pacte civil de solidarité'. Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen", in A. VERBEKE en F. BOUCKAERT (eds), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber Amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 437.

<sup>30</sup> B. BOURDELOIS (1993), 8.

<sup>31</sup> Art. 380 Familiewet.

<sup>32</sup> Het *naïen* huwelijk.

meerdere Afrikaanse landen en Turkije<sup>33</sup>, om zich te verzetten tegen de secularisatie van het huwelijk. In bepaalde islamitische rechtsstelsels en in Israël wordt het concubinaat aangegaan als enige oplossing in geval van religieus huwelijksbeletsel<sup>34</sup>.

De betreffende Staten erkennen het concubinaat niet als dusdanig, maar stellen wel een vergaande bescherming in, in het belang van de vrouw en het kind dat eventueel uit de relatie is geboren, in het bijzonder in samenlevingen waar de burgerlijke stand slecht georganiseerd is of waar grote armoede heerst. Om die bescherming te genieten, wordt slechts vereist dat de partners van een verschillend geslacht zijn, monogaam en huwelijksbekwaam, dat er geen beletselen tegen het huwelijk rijzen, en dat de samenleving van een zekere bestendigheid getuigt of dat er kinderen zijn geboren.

---

<sup>33</sup> Zie de regeling van de amnestiewetten.

<sup>34</sup> T. TCHE HAO, "L'influence politico-économique dans la transformation du système familial chinois", in F. RIGAUX (ed.), *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Brussel, Bruylant, 1978, 121-127; T. TCHE HAO, "Le droit de la famille en Chine populaire", *Rev. Int. dr. Comp.* 1972, 389-390; S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998), 13; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, 589, 18 (voorheen was er een soort van wettelijke samenwoning in vele islamitische stelsels); S. JAHEL, "Concubinages en terre d'Islam" en H. VANDEVELDE, "Y a-t-il des concubinages au Maghreb?", in J. RUBELLIN-DEVICHI, J. COMMAILLE en M.-T. MEULDERS-KLEIN (eds), *Des concubinages dans le monde*, Paris, CNRS, 1990, 187 e.v.

## HOOFDSTUK 3. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE EN HET I.P.R.

### A. GEEN SPECIFIEKE I.P.R.-REGELING NAAR BELGISCH RECHT: AANKNOPING BIJ DE NATIONALE WET

1. De Belgische regeling inzake wettelijke samenwoning voorziet niet in een I.P.R.-bepaling. De wettelijke samenwoning lijkt hierdoor slechts te kunnen worden aangegaan door Belgen<sup>1</sup>.

In het licht van de erkenning van een buitenlands statuut voor samenwonenden zal vermoedelijk worden verwezen naar de gemeenrechtelijke aanknopingsregel van art. 3, derde lid B.W., te meer aangezien de buitenlandse statuten de staat van de persoon wijzigen<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Zie ook J. ERAUW en J. VERHELLEN, "Het conflictenrecht van de wettelijke samenwoning. Internationale aspecten van een niet-huwelijkse samenwoningsvorm", *E.J.* 1999, 154; J. VERHELLEN, "Enkele IPR-aspecten van het huwelijk en een niet-huwelijkse samenlevingsvorm", in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Tot de dood ons scheidt?*, Antwerpen, Maklu, 2000, 168 p. Tijdens de parlementaire bespreking van de Wet werd evenwel opgemerkt dat ook vreemdelingen een verklaring van samenwoning kunnen afleggen: *Parl. St. Senaat* 1997-98, nr. 1-916/5, 21. Er is evenwel geen openbaarmaking van dergelijke verklaring in het vreemdelingenregister voorzien.

A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, I, reeks Advocatenpraktijk, Antwerpen, Kluwer, 2001, nr. 14, schrijft dat een persoon wiens nationale wet "enige vorm van wettelijk georganiseerde buitenhuwelijkse samenwoning kent en die voldoet aan de bij die wet gestelde grondvoorwaarden, de Belgische wettelijke samenwoning kan aangaan". Hij vervolgt dat het feit dat daardoor krachtens art. 3, derde lid B.W. een samenwoning zou ontstaan met een heel andere inhoud dan de Belgische wettelijke samenwoning, hieraan geen afbreuk doet. HEYVAERT verwijst hiervoor naar het huwelijk dat in de onderscheiden rechtsstelsels onderling eveneens grote verschillen vertoont. Met dit standpunt geeft HEYVAERT o.i. evenwel slechts aan dat, zoals ook wij zullen (voor)stellen (*cf. infra*, randnrs 15 e.v.) *qui peut le plus, peut le moins*: zodra de toepasselijke personele wet een gelijkaardige regeling kent, moet de samenwoning in België kunnen worden aangegaan. Het betreft dan evenwel geen Belgische wettelijke samenwoning. HEYVAERT geeft dit zelf aan, waar hij verwijst naar art. 3, derde lid B.W. We volgen HEYVAERT voorts niet in zijn opvatting dat een vreemdeling wiens personele wet geen statuut voor samenwoners bepaalt, in toepassing van het mensenrecht op eerbiediging van het gezinsleven een wettelijke samenwoning zou moeten kunnen aangaan (ditmaal zou het wél effectief om een Belgische wettelijke samenwoning gaan). Het is o.i. nog te vroeg om uit art. 8 E.V.R.M. dergelijk recht af te leiden.

Vooralsnog hebben geen andere Belgische auteurs inzake I.P.R. zich uitgelaten over de I.P.R.-rechtelijke aspecten van de wettelijke samenwoning.

<sup>2</sup> Over het feit dat de Belgische wettelijke samenwoning de staat van de persoon wijzigt: A. HEYVAERT, *Het statuut van samenwoners. De samenwoning van volwassenen*, reeks Advocatenpraktijk, Antwerpen, Kluwer, 2001, randnrs 44-45.

## B. HET ONTWERP VAN I.P.R.-CODEX

2. Het Ontwerp van I.P.R.-codex beoogt niet te raken aan de huidige aanknopingsregel.

Art. 57 § 2 wekt even de tegengestelde indruk, waar het stelt: “dergelijke relaties kunnen in België worden aangegaan of ontbonden ingeval een van de partners Belg is of in België zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft bij het aangaan van de relatie of bij het verzoek tot ontbinding ervan. De relatie kan eveneens worden ontbonden als zij in België is aangegaan.”

De bepaling is evenwel misleidend. Art. 57 §3 vervolgt m.n.: “Het aangaan of de ontbinding kan in België evenwel slechts plaatsvinden indien het Belgische recht de betrokken categorie van relatie regelt”. Art. 58 stelt dezelfde regels voorop als deze die gelden voor het ontstaan van het huwelijk. Er wordt m.a.w. onverkort aangeknoopt bij de personele wet.

3. De Raad van State wijst deze aanknopingstechniek van de hand. “De Belgische regeling is dermate specifiek dat in België alle relaties naar die regeling moeten ontstaan, willen ze door een Belgische instantie beoordeeld kunnen worden”<sup>3</sup>.

De Raad stelt twee alternatieven voor: hetzij een regeling naar analogie met de Nederlandse I.P.R.-regeling inzake het ontstaan van de relatie (één partner heeft de nationaliteit van de Staat van het *forum* of verblijft er gewoonlijk), hetzij een openstelling van de wettelijke samenwoning voor alle koppels van wie één partner Belg is. Een wetsvoorstel in de laatste zin werd ingediend tijdens de besprekingen van de wet van 1998, maar werd toen afgewezen<sup>4</sup>. We gaan verderop, na de bespreking van huidige buitenlandse I.P.R.-regelingen, nader in op deze twee alternatieven.

---

<sup>3</sup> Advies, p. 230.

<sup>4</sup> *Parl. St.* Senaat 1997-98, 13 januari 1998, 1-114/2: amendement Boutmans en Jonckheer op art. 26, om dat artikel te vervangen als volgt: “§1. Een samenlevingscontract tussen een Belg en een vreemdeling wiens nationale wet dit contract niet erkent, is steeds geldig naar Belgisch recht, indien het voldoet aan de voorwaarden, gesteld door de Belgische wet. Het kan gesloten worden voor de ambtenaar van de Burgerlijke Stand in België, of voor een Belgisch consulaire ambtenaar. De gevolgen van het contract en de ontbinding ervan worden bepaald door de Belgische wet. § 2. Indien de nationale wet van de vreemde partner het samenlevingscontract erkent, worden de gewone regels van het internationaal privaatrecht toegepast, zowel voor het aangaan als voor de gevolgen en de ontbinding van het contract. § 3. Indien één van de partners Belg is, wordt steeds de Belgische wet toegepast op de ontbinding van het samenlevingscontract. Indien geen van beide partners Belg is, wordt de Belgische wet toegepast, tenzij de nationale wet van de partner die het initiatief tot de ontbinding neemt, hem het recht onttrekt”.

## C. I.P.R.-REGELINGEN NAAR BUITENLANDS RECHT

### C.1. DE MOGELIJKHEID VOOR VREEMDELINGEN OM EEN GEREGISTREERD PARTNERSCHAP AAN TE GAAN

4. Bepaalde buitenlandse familiewetten, m.n. de Noordse, Duitse en Nederlandse, stellen hun statuut voor samenwonenden open voor vreemdelingen.

5. In Nederland kunnen twee partners van wie één de Nederlandse nationaliteit heeft of gewoonlijk verblijf houdt in Nederland hun partnerschap laten registreren<sup>5</sup>. Het komt aan de betrokkenen toe om te oordelen of ze al dan niet het risico van een hinkende rechtssituatie willen aangaan<sup>6</sup>.

De recente Duitse regeling voorziet met art. 17 a I EGBGB<sup>7</sup> in een nog soepelere aanknoping. Zowel de grond- als de vormvereisten van de *eingetragene Lebenspartnerschaft* worden bepaald door de wet van de Staat waar de registratie plaatsvindt. Elke vreemdeling, ook een toerist, kan bijgevolg in Duitsland een *eingetragene Lebenspartnerschaft* aangaan<sup>8</sup>. Er is geen enkele band met de Duitse rechtsorde vereist. Nog minder dan in Nederland wordt het risico op *shopping*, en hiermee het risico op een hinkend partnerschap uit de weg gegaan.

6. Bepaalde Noordse auteurs zijn voorstander van eenzelfde aanknopingsregel, vanuit de opvatting dat een gelijke behandeling van vreemdelingen zodra ze gewoonlijk verblijf houden beter te verzoenen valt met de algemene tendens om inzake personeel statuut over te schakelen op een domicilieaanknoping<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> In navolging van het Advies en voorstel voor een aantal I.P.R.-bepalingen inzake het geregistreerd partnerschap van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, *weergeg.* in *F.J.R.* 1998, 146-159. Zie ook het rechtsvergelijkende rapport van het Max Planckinstitut für ausländisches und internationales Privatrecht.

<sup>6</sup> Het risico hierop is vooralsnog groot. Hierover: H. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie", *N.J.B.* 2001, 205; L. BARNICH, "Union libre et cohabitation légale. Questions de droit international privé", in D. STERCKX en J.L. LEDOUX, *Mélanges offerts à Roland De Valkeneer*, Brussel, Bruylant, 2000, 3-16; K. BOELE-WOELKI, "De wenselijkheid van een I.P.R.-verdrag inzake samenleving buiten huwelijk", *F.J.R.* 1999, 11-13; H. FULCHIRON, "Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé", *J.D.I.* 2000, 898-913; W. SCHRAMA, "Niet huwelijkse leefvormen en het I.P.R.", *F.J.R.* 1999, 131-133.

<sup>7</sup> Oorspr. Art. 17 b I E.G.B.G.B., ingevoegd bij wet van 16 februari 2001 tot stopzetting van de discriminatie van homoseksuele samenleving; hernummerd door het Gewaltschutzgesetz van 11 december 2001, *BGBI.* I 3513. Deze regel sluit de klassieke I.P.R.-technieken uit en daarmee ook de techniek van *renvoi*: D. HENRICH, *l.c.*, 137.

<sup>8</sup> Voor een kritische visie hierop: K. THORN, "Entwicklungen des internationalen Privatrechts 2000-2001", *IPRax* 2002, 354-355: noch een Partnerschaftsfähigkeitszeugniss, noch verblijf in Duitsland worden vereist, t.a.v. geen enkele partner.

<sup>9</sup> M. BOGDAN, "Amendment of Swedish Private International Law regarding Registered Partnerships", *IPRax* 2001, 354, weerlegt het argument dat van de betrokkenen best een voldoende sterke band met de rechtsorde wordt vereist, met de stelling dat hetero's wél zonder domicilie of nationaliteit kunnen huwen in Zweden. Waarom kunnen homoseksuelen die beiden

Eenzelfde beginsel zit vervat in het voorstel dat voorligt in de Britse House of Commons<sup>10</sup>.

Zweden en Denemarken passen het domiciliebeginsel vandaag reeds onverkort toe op onderdanen van Staten die een gelijkaardige partnerschapsregeling hebben<sup>11</sup>. Andere vreemdelingen kunnen na een verblijf van twee jaar een geregistreerd partnerschap aangaan. Vanaf de genoemde verblijfsduur wordt aangenomen dat de betrokkenen een voldoende sterke band met de rechtsorde hebben en dat het gevaar op *legal shopping* is geweken<sup>12</sup>.

De andere Noordse partnerschapsregelingen vergen dat één van de partners beide criteria – nationaliteit en domicilie – gecumuleerd vervult<sup>13</sup>.

## C.2. DE ERKENNING VAN EEN BUITENLANDS STATUUT VOOR SAMENWONERS

7. Een specifieke regeling tot erkenning van buitenlandse partnerstatuten is vooralsnog in alle genoemde rechtsordes summier tot achterwege gebleven<sup>14</sup>.

---

onderdaan zijn van een Staat die geregistreerd partnerschap toelaat en er tevens gewoonlijk verblijf hebben dan niet in Zweden in geregistreerd partnerschap aangaan? Ook t.a.v. hen rijst geen risico op *shopping*.

<sup>10</sup> Meer bepaald door de regeling open te stellen voor eenieder die op het ogenblik van het verzoek in Engeland of Wales is gedomicilieerd of er sinds een jaar gewoonlijk verblijft. Hierover IAN SUMNER, "Legal position of same-sex partners in English law", in K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS (eds), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, 2003, 119.

<sup>11</sup> Deens amendement, in werking sinds 1 juli 1999 (wet nr. 360 van 2 juni 1999), besproken door R. WAGNER, *I.c.*, 286; Zweeds Amendement 2000, in werking sinds 1 juli 2000, *aangeh.* door M. BOGDAN, *I.c.*, 353, die deze verruiming naar het domiciliebeginsel verklaart door de algemene heroriëntering van het Zweedse I.P.R. in die zin.

In Denemarken wordt een vergelijkbaarheid van rechtswege aangenomen t.b.v. onderdanen van Scandinavische Staten en bepaalt de minister van Justitie welke andere Staten een vergelijkbare regeling hanteren. De Zweedse partnerschapsregeling bevat een exhaustieve opsomming van Staten waarvan de onderdanen zijn vrijgesteld (Onderdanen van Denemarken, IJsland, Nederland en Noorwegen worden op gelijke voet behandeld met Zweden. Voor een kritiek op deze legistiek zwakke bepaling die bij elke nieuwe invoering in het buitenland van een vergelijkbare partnerschapsregeling noodzaakt tot een wijziging van de bepaling: M. BOGDAN, *I.c.*, 353). De recente Duitse partnerschapsregistratie heeft daar nog geen plaats in gekregen.

<sup>12</sup> De vrijstelling van verblijfsduurvereiste t.b.v. onderdanen van landen met partnerschapsregeling is ingegeven door de vaststelling dat deze vreemdelingen geen frauduleus oogmerk kunnen hebben, aangezien hun *lex patriae* hen toelaat om in eigen land een partnerschap aan te gaan.

<sup>13</sup> Voormalige sectie 2 eerste hoofdstuk Zweedse Registered partnership Act; Oud § 1 Deense wet van 7 juni 1989. Hierover M. BOGDAN, "IPR-Aspekte der schwedischen eingetragenen Partnerschaft für Homosexuelle", *IPRax* 1995, 56; E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. des Cours* 1995, 237.

<sup>14</sup> In dezelfde zin: R. WAGNER, *I.c.*, 285; D. MARTINY, "Internationales Privatrecht", in R. HAUSMANN en G. HOHLOCH (eds), *Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Berlin, Schmidt, 1999, 565, noemt als voorlopig enige uitzondering de bepaling van art. 39 Joegoslavische I.P.R.-wet van 1982 (inzake vermogensrecht); A. ROTHEL, "Registrierte Partnerschaften im internationalen Privatrecht", *IPRax* 2000, 74.

8. De Noordse rechtsstelsels hebben een onderlinge regeling tot wederzijdse erkenning getroffen, ook als het partnerschap betrekking heeft op een eigen onderdaan<sup>15</sup>. De grote overeenkomsten die de partnerschapsregelingen onderling vertonen is hier niet vreemd aan.

De Deense en Zweedse wet breiden de erkenning, zoals gezegd, uit tot alle partnerschappen die de vergelijkbaarheidstoets doorstaan.

9. Het Duitse art. 17a E.G.B.G.B. heeft wettelijke grondslag verleend aan een erkenningsbepaling in dezelfde zin<sup>16</sup>.

10. Wederkerigheid kan ook in de Nederlandse regeling verondersteld worden, maar is vooralsnog slechts impliciet vervat in de aanname dat de aanknopingsregel bilaterale werking heeft.

Inmiddels ligt in de Nederlandse Tweede Kamer een wetsvoorstel voor dat beoogt de erkenning van een in het buitenland geregistreerd partnerschap te beoordelen a.h.v. de *lex loci*<sup>17</sup>. Bij consulaire of diplomatieke partnerschapsregistratie zou de erkenning tevens afhangen van de vraag of de wet van de Staat van registratie het aangaan van een partnerschapsregistratie toestaat. I.t.t. de regeling voor een huwelijk zou een verklaring door een bevoegde autoriteit omtrent het geregistreerd partnerschap volstaan om de rechtsgeldigheid ervan aan te nemen, mits het een relatie betreft, verenigbaar met de openbare orde, van personen die een nauwe persoonlijke betrekking onderhouden, mits de relatievorm een huwelijk of andere wettelijk geregelde samenlevingsvorm met een derde uitsluit en mits de relatie verplichtingen in het leven roept die "in hoofdzaak overeenstemmen met die welke verbonden zijn aan het huwelijk".

11. De Nederlandse regeling in voorbereiding beperkt zich tot de erkenning van buitenlandse relatievormen die kunnen worden geadapteerd aan het geregistreerd partnerschap. Het is evenwel denkbaar dat Staten die een geregistreerd partnerschap instellen, niet alleen bereid zijn om buitenlandse

<sup>15</sup> Cf. *supra*, de bilaterale aanknopingsregel.

<sup>16</sup> O.m. K. THORN, "The German Conflict of Laws Rules on Registered Partnerships", in K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS (eds), *I.c.*, 161; R. WAGNER, *I.c.*, 288. Het materieelrechtelijke karakter van deze regel sluit de klassieke I.P.R.-technieken uit en daarmee ook de techniek van *renvoi*: D. HENRICH, *I.c.*, 137. De Duitse wetgever heeft bovendien voorzien in een antwoord op de vraag hoe best wordt omgegaan met de situatie waarbij eenzelfde partnerschap in meerdere Staten is geregistreerd. Art. 17 a III E.G.B.G.B. bepaalt dat de wet van de Staat van laatste registratie de rechtsgevolgen van de relatie regelt. Hiermee is gekozen voor een gelijkaardige oplossing als de regeling inzake huwelijksgevolgen, waar bij verschillende nationaliteit wordt aangeknoopt bij de wet van de laatste gemeenschappelijke verblijfplaats. De registratie gaat immers vermoedelijk gepaard met een inschrijving voor verblijf. Let wel: art. 17 a IV E.G.B.G.B. vult aan dat de rechtsgevolgen van een buitenlands partnerschap in Duitsland niet verder kunnen reiken dan deze naar Duits recht.

<sup>17</sup> Regeling van het conflictenrecht met betrekking tot het geregistreerd partnerschap (Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap), *Tweede Kamer der Staten-Generaal* 2002-2003, 28.924, nrs 1-3. De hiernavolgende bespreking heeft vnl. betrekking op de artt 2 en 3.

geregistreerde partnerschappen gelijk te behandelen, maar tevens om andere, zwakkere, buitenlandse statuten een plaats te geven binnen hun rechtsorde<sup>18</sup>. *Qui peut le plus, peut le moins*. We stonden er hierboven reeds bij stil (hoofdstuk 2, randnr. 3) en werken deze piste verderop (randnrs 15 e.v.) nader uit.

Het is o.i. aangewezen om minstens rekening te houden met alle partnerrelaties die gevolgen hebben voor de burgerlijke staat van de persoon en die verenigbaar zijn met de openbare orde<sup>19</sup>. Zweden heeft zich reeds expliciet in die zin uitgesproken.

Op Europees niveau zou hiervan werk kunnen worden gemaakt door de huidige regeling tot wederzijdse erkenning van beslissingen in burgerrechtelijke materies uit te breiden tot beslissingen inzake wijzen van *ontstaan* van gezinsleven<sup>20</sup> en tevens tot administratieve registraties die getuigen van de geldige voltrekking van een burgerlijk huwelijk of samenwonersstatuut of van de geldige vaststelling van een afstammingsband in een Lidstaat<sup>21</sup>.

## D. VOORSTEL

### D.1. INLEIDING

12. Het is aangewezen dat een specifieke I.P.R.-regeling wordt uitgewerkt, ter vervanging van de huidige verwijzing in toepassing van art. 3, derde lid B.W. Deze maakt het onmogelijk voor een Belg om een buitenhuwelijkse tweerelatie met een vreemdeling in België een wettelijk statuut te verlenen<sup>22</sup>. De Belgische regeling inzake wettelijke samenwoning laat dit niet toe. Buitenlandse regelingen die wél een gemengde partnerverhouding toelaten, kunnen niet worden toegepast. De Belgische autoriteiten zijn ter zake immers niet bevoegd. Het statuut kan evenmin consulaire worden aangegaan in België als er een Belg bij betrokken is. Het huwelijksrecht verbiedt althans dat een Belg in België consulaire huwt<sup>23</sup>. We vermoeden dat naar analogie met de samenwonersstatuten in

<sup>18</sup> Zie reeds in die zin: Staatssecretaris van Justitie, nota n.a.v. verslag 3 mei 2000 bij wetsvoorstel 26.672, aangeh. in D'OLIVEIRA, *l.c.*, 209, noot 22, waarbij er sprake van is om het PACS te assimileren aan het geregistreerde partnerschap.

<sup>19</sup> J. MASSIP, "L'état civil et les status légaux du concubinage", in J. RUBELLIN-DEVICHI (ed.), *Etudes offertes à J. Rubellin-Devichi, Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Paris, Litec, 2002, 562.

<sup>20</sup> De wederzijdse erkenning heeft vandaag slechts betrekking op beslissingen m.b.t. de verhouding van ouders tot hun kinderen en op beslissingen tot beëindiging van een huwelijk.

<sup>21</sup> Zie ook M. BELL, "We are family? Same-sex partners and EU migration law", *M.J.* 2002, 352.

<sup>22</sup> Bovendien is het aanknopingscriterium van de staat van de persoon o.i. niet goed gekozen om te oordelen over de mogelijkheid om een Belgische wettelijke samenwoning aan te gaan, aangezien deze de burgerlijke staat van de persoon niet wijzigt. Voor alle buitenlandse samenwonersstatuten, ook het Franse PACS, is het genoemde aanknopingscriterium daarentegen wél adequaat. We werken er hierna evenwel een aangepaste aanknopingsregel voor uit.

<sup>23</sup> Belgen kunnen in België niet gemengd consulaire huwen. We vermoeden dat voor het aangaan van een wettelijke buitenhuwelijkse tweerelatie hetzelfde verbod geldt. Een illustratie van deze



gelijkaardige zin wordt geoordeeld. Het is overigens de vraag of de Belgische rechter bereid zal zijn om een buitenlands samenwonersstatuut in hoofde van een Belg te erkennen. Zijn personele wet kent dat statuut immers niet. De Belgische wettelijke samenwoning heeft zijn gelijke niet in enig buitenlands samenwonersstatuut. Het enige statuut waarmee, met wat goede wil, een analogie zou kunnen worden onderkend, is het Franse PACS<sup>24</sup>.

## D.2. VOORSTEL

### D.2.A. DE MOGELIJKHEID VOOR VREEMDELINGEN OM EEN WETTELIJKE SAMENWONING AAN TE GAAN

13. Ons aanknopingsvoorstel zou in dit verband, in afwachting van een verdragsrechtelijke geharmoniseerde I.P.R.-regeling<sup>25</sup>, alvast een wenselijkere uitkomst bieden dan de huidige aanknopings bij de *lex patriae*<sup>26</sup>. Gestabiliseerd verblijf of een (eenmalige) optie voor de toepassing van Belgisch recht, in hoofde van beide partners, zou volstaan om een samenwonersstatuut aan te gaan in toepassing van het recht van de Verblifsstaat.

Rekening houdend met de huidige situatie, waarbij Staten die zelf niet in een juridisch statuut voor samenwoners voorzien worden geconfronteerd met *legal shopping* van hun onderdanen, biedt het aanknopingsvoorstel ook in dit verband o.i. een gepast compromis tussen de strijd tegen *shopping* en het belang van

---

problematiek vormt de wijze waarop in Nederland vóór de huidige I.P.R.-regeling werd omgegaan met het Franse PACS. Art. 4 W.C.H. verbiedt dat een Nederlander in Nederland consulaire huwt. Dit verbod werd doorgetrokken naar het aangaan van buitenhuwelijkse tweerelaties: hierover H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Het Pacte Civil de Solidarité, het geregistreerde partnerschap, het opengestelde huwelijk, en het Nederlandse internationaal privaatrecht", *N.J.B.* (Ned.) 2000, 884.

<sup>24</sup> Zijn plaatsing in de C.C. bij de familierechtelijke bepalingen stelt een louter formeel verschil in. De inhoudelijke bepalingen stemmen overeen met die van de wettelijke samenwoning. Zie ook P. SENAËVE, "De Belgische 'wettelijke samenwoning' en het France 'pacte civil de solidarité'. Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen", in A. VERBEKE en F. BOUCKAERT (eds), *Facetten van ondernemingsrecht. Liber Amicorum Professor Frans Bouckaert*, Leuven, Universitaire Pers, 2000, 437-453.

<sup>25</sup> Het belang hiervan steunt o.m. op het besef dat de meeste nationale regelingen onderling verschillen vertonen, zodat een assimilatiedenken, zoals vandaag plaatsvindt m.b.t. het huwelijk, niet gewaarborgd is. De internationale uitwerking van criteria die de grenzen van de (on)vergelijkbaarheid bepalen, is aangewezen, *cf. infra*.

<sup>26</sup> Meerdere auteurs stellen zich de vraag of de analogische toepassing van de regel inzake consulaire sluitingen uit het huwelijksrecht niet kan worden verlaten, om zo alsnog de vorming van gemengde buitenhuwelijkse partnerrelaties mogelijk te maken (H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *l.c.*, 884, meent dat zich geen redenen van openbare orde stellen om een consulaire partnerschapssluiting te verbieden. Het verbod in het huwelijksrecht is vooral ingegeven uit angst voor polygamie. Zie ook impliciet K. THORN, "Entwicklungen des internationalen Privatrechts 2000-2001", *IPRax* 2002, 355; D. HENRICH, "Kollisionsrechtliche Fragen der eingetragenen Lebenspartnerschaft", *FamRZ* 2002, 137; R. WAGNER, "Das neue Internationale Privat- und Verfahrensrecht zur eingetragenen Lebenspartnerschaft", *IPRax* 2001, 289). We menen evenwel dat een versoepeling van de aanknopingscriteria in dit verband kan volstaan. Het is met het oog op de rechtzekerheid en op de beslissingsharmonie aangewezen dat het personeel statuut van Belgen in België naar Belgisch recht wordt beoordeeld.

elkeen om de mogelijkheden te benutten die hem worden geboden door de wet waarmee hij de nauwste banden heeft.

Minstens dient deze minimalistische benadering te worden nagestreefd.

14. Een maximale benadering zou erin bestaan toe te laten dat wordt aangeknoopt bij de *lex loci*, zolang geen internationale beslissingsharmonie wordt bereikt via het verdragsrecht. Zoals we in een vorige titel (hoofdstuk 2, titel F. impliciete huwelijksvereisten) argumenteerden voor het homohuwelijk, leiden we uit het feit dat de vreemdeling het genoemde gezinsleven aangaat, af dat hij beoogt zijn personeel statuut te doen aansluiten bij dat van de *lex loci*. Uitzonderlijk (aangezien een veralgemeende toepassing zou leiden tot rechtskeuze en algemene *forum shopping*) menen we dat de rechtsonderhorige (Belg en vreemdeling) de keuze kan worden gelaten om een hinkende rechtssituatie aan te gaan.

#### D.2.B. NAAR EEN RUIMERE ERKENNING VAN SAMENWONERSSTATUTEN

##### **\* *Het beginsel van de wederzijdse erkenbaarheid van samenwonersstatuten***

15. Het is niet vanzelfsprekend dat Staten die slechts zwakkere samenwonersstatuten instellen, bereid zijn om een geregistreerd partnerschap te erkennen. In Frankrijk stelt de administratie zich vooralsnog overwegend weigerend op<sup>27</sup>.

Met meerdere auteurs menen we evenwel dat de doelstelling van internationale harmonie gebiedt om zich soepel op te stellen, mits het statuut de openbare orde niet schendt. Zodra een Staat erkent (of ingevolge rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten verondersteld wordt te erkennen) dat gezinsleven mogelijk is tussen homoseksuelen, kunnen we aannemen dat de internationaalprivaatrechtelijke openbare orde van die Staat zich niet verzet tegen een juridisch statuut voor de betrokkenen.

Meer nog, we menen, in navolging van SENA EVE<sup>28</sup>, dat personen die in toepassing van hun personeel recht een geregistreerd partnerschap kunnen aangaan, in België moeten worden toegelaten tot het homohuwelijk<sup>29</sup>. Beide

---

<sup>27</sup> J. MASSIP, *l.c.*, 565. Deze auteur meent evenwel dat de rechtbanken zich dergelijke houding niet zullen aanmeten, uit eerbied voor de I.P.R.-principes.

<sup>28</sup> P. SENA EVE, "De Wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht", *E.J.* 2003, te verschijnen (randnr. 26), met verwijzing naar de techniek van de gelijkwaardige rechtsfiguren (door ons adaptatietechniek (equivalentieleer) genoemd: deel 2B, randnrs 201 e.v.).

<sup>29</sup> Zie evenwel de aanvankelijke tegenstand tegen de invoering van een geregistreerd partnerschap, met de bedoeling om de gezinshereniging binnen de perken te houden: Wetsvoorstel betreffende het geregistreerd partnerschap, *Gedr. St. Kamer* 1997-98, nr. 1417/1 en amendement: *Gedr. St. Kamer*, 1997-98, nr. 1417/2; P. SENA EVE en E. COENE, *Geregistreerd partnerschap: pleidooi voor de institutionalisering van de homoseksuele*

rechtsfiguren stellen vergelijkbare rechtsgevolgen in voor wat de partnerverhouding betreft.

Het is o.i. overigens om die reden wenselijk dat een in het buitenland aangegaan geregistreerd partnerschap wordt geadapteerd aan het Belgische (homo)huwelijk<sup>30</sup>.

We gaan hieronder nader in op de vraag naar de rol die het Hof met zijn interpretatie van de draagwijdte van art. 8 E.V.R.M. in dit verband kan vervullen.

### **\* De verwijzingsregel**

#### **- Voorstel**

16. We menen dat, naar Duits voorbeeld, elk partnerschap dat rechtsgeldig in het buitenland is aangegaan en dat de openbare orde niet schendt<sup>31</sup>, kan worden erkend in België en, bij partnerschap tussen homoseksuelen, kan worden erkend als homohuwelijk. Dergelijke erkenningsregel laat weliswaar in beginsel ruimte voor *forum shopping*. Gezien enerzijds de grote verscheidenheid aan samenwonersstatuten en anderzijds het nog beperkt aantal rechtsordes dat in een statuut voor samenwoners voorziet, is het evenwel niet eenvoudig om een betere oplossing te bedenken.

17. Een meer bevoogdende optie zou erin bestaan de erkenning van buitenlandse gemengde samenwonersstatuten voor te behouden aan enerzijds twee stabiele verblijfhouders, en anderzijds personen van wie beider personele wet de mogelijkheid biedt om een vergelijkbaar of zwakker statuut aan te gaan. In hoofde van deze vreemdelingen is het risico op een hinkende rechtspositie verwaarloosbaar. We sluiten ons evenwel eerder aan bij ons

---

*tweere relatie*, Antwerpen, Maklu, 1998. Deze tegenstand is o.i. met de invoering van het homohuwelijk weggewerkt.

<sup>30</sup> Deze opvatting vormt een vervolg op het aanvankelijke pleidooi om geen homohuwelijk, maar een geregistreerd partnerschap voor homoseksuelen in te stellen. Nu het homohuwelijk realiteit is geworden en internationale beslissingsharmonie niet kan worden bereikt via de gehanteerde juridische terminologie, dient minstens in een adaptatie te worden voorzien van twee objectief gelijke situaties: eenzelfde statuut voor homoseksuele partners. Het vroegere bezwaar dat het geregistreerd partnerschap en het huwelijk niet vergelijkbaar zijn, omdat het twee objectief verschillende situaties betreft (P. SENAËVE, "Naar de invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht?", *E.J.* 2002, 51. Criterium is daarbij de voorplanting) is door de wetgever ongedaan gemaakt.

Zie overigens ook enigszins in de richting van een adaptatie: het voorliggende wetsvoorstel houdende invoering van een I.P.R.-codex, toelichting bij art. 46: de bepaling inzake huwelijk is ook van toepassing op buitenlandse rechtsfiguren met een andere benaming, maar met eenzelfde juridische inhoud als het huwelijk. Het voorbeeld van het geregistreerd partnerschap wordt expliciet gegeven. Zie ook onze verwachtingen m.b.t. het voorstel inzake gezinshereniging bij een Unieburger (*cf. supra*, deel 2C, randnr. 138). Zie daarentegen de Richtlijn van de Raad van 29 juli 2003 inzake het recht op gezinshereniging bij een derdelander: enkel m.b.t. de echtgenoot.

<sup>31</sup> Volgens K. THORN, "The German Conflict of Laws Rules on Registered Partnerships", in K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS (eds), *I.c.*, 161, vallen ook partnerschappen tussen heteroseksuelen daaronder, ook al kunnen die in Duitsland vooralsnog niet worden aangegaan.

aanknopingsvoorstel, vanuit de opvatting dat het aan de betrokkenen toekomt om uit te maken in hoeverre ze het risico op een hinkende rechtspositie willen aangaan. Hun verblijf in België voor onbepaalde duur en hun optie voor een toepassing van Belgisch recht getuigen van een voldoende hechte band met onze rechtsorde.

18. Van de Staten die reeds een specifieke I.P.R.-regeling hebben uitgewerkt, heeft geen enkele wetgever voorzien in een overgangsregeling voor partnerschappen die vóór de inwerkingtreding ervan aangegaan zijn. Uit de *ratio legis* volgt evenwel dat de regeling eveneens op die partnerschappen van toepassing is, tenminste voor zover dergelijke toepassing niet onverenigbaar blijkt te zijn met de huidige rechtssituatie van de betrokkenen<sup>32</sup>. Wordt de gemeenrechtelijke regeling, m.n. verwijzing naar de *lex patriae*, er (verder) op toegepast, dan zijn de meeste partnerschappen immers niet erkenbaar. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever geweest zijn<sup>33</sup>.

#### - Een volwaardige erkenning van het statuut

19. Art. 17 a IV E.G.B.G.B. maakt het voorbehoud dat de rechtsgevolgen van een buitenlands partnerschap in Duitsland niet verder kunnen reiken dan deze naar Duits recht<sup>34</sup>. Dit heeft bv. als gevolg dat een buitenlandse regeling die adoptie door homoseksuelen met een geregistreerd partnerschap toelaat, in Duitsland niet wordt toegepast.

Een bepaling naar Belgisch recht die, hieraan gespiegeld, de rechtsgevolgen van een buitenlands partnerschap in België zou beperken tot de rechtsgevolgen die een wettelijke samenwoning in België instelt, zou een beduidend grotere inperking inhouden, aangezien de Belgische wettelijke samenwoning beduidend minder rechtsgevolgen instelt dan een geregistreerd partnerschap. Het resultaat zou niet langer als een erkenning van het buitenlandse statuut kunnen worden beschouwd, maar als een inpassing ervan in het Belgisch recht.

---

<sup>32</sup> Zie art. 29 Nederlands Wetsvoorstel Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap: overgangsregeling *ex nunc*, om te voorkomen dat vroegere beoordelingen van een bestaand partnerschap zouden worden tegengesproken. Na een vroegere weigering om het partnerschap te erkennen, kan één van de partners bv. inmiddels zijn gehuwd. Het ontbreken van een *ex tunc*-werking wordt evenwel gecompenseerd door de huidige praktijk om I.P.R.-vragen in dit verband op een eenduidige wijze te beantwoorden, m.n. in navolging van het advies van de Staatscommissie d.d. 8 mei 1998: Wetsvoorstel Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap, *aangeh.*, Memorie van toelichting, nr. 3, p. 20. We menen evenwel dat in andere rechtsordes, waar partnerschappen nog geen eenduidige behandeling genieten, de *ex nunc*-regeling best kan worden beperkt tot situaties waar zich effectief een probleem zou stellen. Is dat niet het geval, dan kan een I.P.R.-regeling best ook betrekking hebben op bestaande partnerschappen.

<sup>33</sup> K. THORN, "Entwicklungen des internationalen Privatrechts 2000-2001", *IPRax* 2002, 355.

<sup>34</sup> Volgens K. THORN, "The German Conflict of Laws Rules on Registered Partnerships", in K. BOELE-WOELKI en A. FUCHS (eds), *I.c.*, 161, sluit dit niet uit dat buitenlandse partnerschappen die in Duitsland vooralsnog niet kunnen worden aangegaan, bv. partnerschappen tussen homoseksuelen, kunnen worden erkend.

**20.** Er zijn o.i. meerdere argumenten om een geregistreerd partnerschap als dusdanig te erkennen en de partners gelijk te behandelen als gehuwden<sup>35</sup>. Ook al gaat het om twee instituten met een verschillende benaming, het enige verschilpunt heeft betrekking op de afstammingsrechtelijke gevolgen. Vragen die louter betrekking hebben op de partnerrelatie kunnen (en moeten) o.i. dan ook in beide situaties gelijk worden beantwoord. De exceptie van openbare orde kan dan alsnog worden opgeworpen tegen de erkenning van rechtsgevolgen die nog op verzet zouden stuiten, zoals bv. een recht voor homoseksuele koppels om te adopteren.

Het Nederlandse wetsvoorstel conflictenrecht geregistreerd partnerschap beoogt alvast de rechtsgevolgen van het partnerschap te laten regelen door de *lex loci*. De indieners menen evenwel in twee gevallen de Nederlandse rechtswaarborgen te moeten laten spelen: bij de vraag naar de hoofdelijke aansprakelijkheid van een partner voor verbintenissen van de andere partner die t.b.v. het huishouden zijn aangegaan, indien die andere partner en de wederpartij ten tijde van het aangaan van de verbintenis hun gewone verblijfplaats hadden in Nederland, en bij de vraag voor welke rechtshandelingen de ene partner een toestemming van de andere behoeft, of daarbij een vervangende rechterlijke of administratieve machtiging mogelijk is en welke sancties daarop zijn gesteld, indien die andere partner op het ogenblik dat de ene een rechtshandeling aangaat, gewoonlijk in Nederland verblijft<sup>36</sup>. De verplichtingen tot levensonderhoud zouden worden geregeld door de wet die wordt aangewezen door het Haagse Verdrag van 1973 inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen<sup>37</sup>.

### **- Het belang van een verdragsrechtelijke I.P.R.-regeling**

**21.** Het is in dit verband van belang om een I.P.R.-regeling uit te werken in een andere context dan die van de wet op de wettelijke samenwoning. Een opname in die Wet zou de toepassingsfeer van de regeling m.n. vermoedelijk beperken tot buitenlandse samenwonersstatuten die burgerrechtelijk worden geregistreerd. Andere buitenlandse samenwonersstatuten, waaronder de Portugese, Hongaarse, Spaanse kantonale en andere, zouden geval per geval op hun

<sup>35</sup> Bijna steeds wordt het statuut aangegaan voor een ambtenaar van de burgerlijke stand (de enige uitzondering vormen een aantal Duitse Länder waar de registratie op een andere dienst in het gemeentehuis of bij de *Kreis* plaatsvindt). In de Scandinavische landen wordt overigens, zoals bij een huwelijk, de voorlegging van een certificaat van partnerschapsbekwaamheid vereist. Ook gebeurt de ontbinding vaak op gelijkaardige gronden als de huwelijksontbinding. Wat het laatste betreft is de overeenstemming in de Scandinavische Staten en in Duitsland evenwel groter dan in Nederland, waar de ontbinding ook buitengerechtelijk kan plaatsvinden, ten overstaan van een advocaat of notaris, bij onderlinge overeenstemming. De ontbinding wordt ook daar evenwel steeds betekend aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de plaats waar het partnerschap bij zijn ontstaan werd geregistreerd. Het echtscheidingsrecht wordt overigens overal ter wereld versoepeld, bovenal in Nederland met de flitsscheiding, zodat ook een eenvoudige ontbindbaarheid van de relatie een assimilatie met het huwelijk niet in de weg hoeft te staan. Zie ook I. SEWANDONO, "De gezinsherenigingsrichtlijn. Na Vw. 2000 volgt Vw. 2002", *M.R.* 2001, 3. Zie ook J. D'OLIVEIRA, *l.c.*, 209.

<sup>36</sup> Art. 5 Wetsvoorstel Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap, *aangeh.*

<sup>37</sup> Art. 25 Wetsvoorstel Wet conflictenrecht geregistreerd partnerschap, *aangeh.*

assimileerbaarheid moeten worden beoordeeld. We menen dat partners met een statuut dat niet burgerrechtelijk wordt geregistreerd mogelijk in het verwijzingsrecht geen ander lot zijn toebedeeld dan feitelijke concubanten en slechts de wet van de gemeenschappelijke verblijfplaats op de relatie zullen zien toegepast<sup>38</sup>.

**22.** In Staten die slechts het geregistreerd partnerschap kennen en daarvoor een soepele I.P.R.-regeling instellen, wordt voor zwakkere statuten ook vandaag vermoedelijk nog voort verwezen naar de personele wet van de betrokkene<sup>39</sup>. Deze statuten worden m.a.w. vermoedelijk slechts erkend mits beide personele wetten ze instellen.

Deze verschillen in aanknoping, naargelang het statuut al dan niet kan worden geassimileerd met het statuut van het *forum* waarvoor een specifieke I.P.R.-regeling is ingesteld, dient vandaag weliswaar op het eerste gezicht het best de internationale beslissingsharmonie. De oplossing is evenwel vaak strenger dan het recht in toepassing waarvan het statuut is ingesteld. Een weigering om het statuut te erkennen, botst dan alvast met dat recht. Hiermee komen we vervolgens bij de vraag met welke rechtsorde de betrokkenen de nauwste band hebben. Hoe meer Staten stapsgewijs afwijken van de aanknoping bij de *lex patriae*, hoe meer verscheidenheid in I.P.R.-regelingen optreedt binnen en tussen de ons omringende Staten, en hoe moeilijker het wordt om een I.P.R.-regeling uit te werken die de internationale beslissingsharmonie het beste dient. Het lijkt erop dat internationale beslissingsharmonie nog slechts langs internationale weg, via een onderlinge afstelling van I.P.R.-regelingen, kan worden bereikt.

**23.** In afwachting van een verdragsrechtelijke regeling kan *renvoi* o.i. een aanvaardbare oplossing bieden, mits de *lex patriae* van beide betrokkenen zich niet tegen *renvoi* verzet. Stelt de *lex patriae* zelf geen regeling voor samenwoners in, dan zou een buitenlands samenwonersstatuut alsnog worden erkend als de wet waarnaar de I.P.R.-regel van de *lex patriae* verwijst een instelling van het statuut toelaat. Vermoedelijk zal de I.P.R.-regeling verwijzen

---

<sup>38</sup> L. BARNICH, "Union libre et cohabitation légale – Questions de droit international privé", in R. DE VALKENEER (ed.), *Mélanges offert à Roland De Valkeneer à l'occasion du 125e anniversaire de la Revue du notariat belge*, Brussel, Bruylant, 2000, 1-16 (een juridisch feit en een juridische handeling (huwelijk) kunnen niet gelijkgesteld worden. Dit is wel denkbaar m.b.t. een juridisch samenwonersstatuut); M. REVILLARD, "Les unions hors mariage. Regards sur la pratique de droit international privé", in J. RUBELLIN-DEVICHI (ed.), *Etudes offerts à J. Rubellin-Devichi, Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Paris, Litec, 2002, 581, noot 9, die evenwel tevens verwijst naar een ander standpunt in de rechtsleer, waar ook in geval van feitelijke samenwoning wordt geopteerd voor een aanknoping bij de nationale wet van de betrokkene: o.m. H. FULCHIRON; A. HUET; H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", *Rec. Cours*, 1991, I, 117; L. BARNICH en N. WATTE, "L'union libre en droit international privé", in *L'Union libre. Actes du colloque tenu à l'ULB le 16 octobre 1992*, Brussel, Bruylant, 1993, 293-311 ("institution voisine de celle du mariage", raakt aan het personeel statuut; verwijzing naar de nationale wet van de betrokkenen); P.Y. GAUTIER, "Les couples internationaux de concubins", *R.C.D.I.P.* 1991, 525-539; R. WAGNER, *l.c.*, 292.

<sup>39</sup> R. WAGNER, *l.c.*, 292.

naar de *lex domicilii* (verwijzing inzake personele staat) of naar de *lex loci* (vermoedelijke verwijzingsregel voor de beoordeling van een onbekend statuut dat als een *contract* wordt beschouwd en in het geval dat geen rechtskeuze is bepaald).

*Renvoi* zal binnen de huidige regeling niet systematisch aanleiding geven tot een erkenning van nationaliteitsgemengde samenwonersstatuten. De techniek zal immers overwegend leiden tot een verwijzing naar de *lex fori* als *lex domicilii*. Als die vooralsnog geen rekening houdt met het genoemde statuut is geen erkenning mogelijk.

### **\* Naar een registratie van buitenlandse partnerschappen**

**24.** Parallel met een bevestiging van de erkenbaarheid van buitenlandse samenwonersstatuten zou kunnen worden gewerkt aan een regeling ter registratie van de betrokken statuten, voor zover ze betrekking hebben op een onderdaan. Vooralsnog kan geen melding van de relatievorm worden gemaakt in de registers van de burgerlijke stand of in enig ander officieel register, aangezien het interne recht bepaalt wat in die registers opgenomen wordt en er vooralsnog geen ruimte is voor een registratie van buitenlandse statuten die onbekend zijn naar Belgisch recht.

**25.** De registratie is vooral van belang voor wat betreft partnerschappen. Een erkenning ervan heeft immers tot gevolg dat t.a.v. de betrokkenen een huwelijksbeletsel ontstaat. Vooralsnog is het niet zeker of de ambtenaar van de burgerlijke stand moet aannemen dat een buitenlands partnerschap een huwelijksbeletsel instelt. Is het statuut niet ingeschreven, dan is het denkbaar dat de ambtenaar er geen rekening mee houdt, ook niet als een certificaat van huwelijksbekwaamheid in hoofde van één van de huwelijkskandidaten wordt voorgelegd. Bepaalde auteurs menen dat de erkenning van een geregistreerd partnerschap slechts belet dat één van de betrokkenen een samenwonersstatuut zou aangaan dat wordt ingesteld door de interne wetgeving van de Staat van erkenning<sup>40</sup>, zoals ook een wettelijke samenwoning niet kan worden aangegaan zolang één van de partners nog is gebonden door een wettelijke samenwoning met een derde. Een huwelijk ontbindt daarentegen van rechtswege de samenwoning en heeft internrechtelijk geen onverenigbaarheden tot gevolg. De rechtsorde die het partnerschap heeft ingesteld, oordeelt evenwel verschillend en zal zich geconfronteerd weten met een variant op polygamie. Om dit te vermijden is het aangewezen dat een buitenlands samenwonersstatuut volwaardige erkenning kan genieten in het buitenland. Een systematische registratie van statuten die de staat van de persoon wijzigen, vormt hiervan een noodzakelijke modaliteit.

---

<sup>40</sup> Bv. voor Frankrijk m.b.t. het PACS (dat openstaat voor vreemdelingen, *cf. infra*): J. MASSIP, *l.c.*, 556.

## **E. RECHTSORDES WAARVAN HET STATUUT VOOR BUITENHUWELIJKS SAMENWONENDEN NIET VOORZIET IN EEN RECHT OP GEZINSHERENIGING, HEBBEN VOORALSNOG GEEN INTERNATIONAALRECHTELIJKE VERPLICHTING IN DIT VERBAND**

**26.** Het E.U.-recht verbiedt de Lidstaten om E.U.-onderdanen en hun familieleden uit derde landen minder gunstig te behandelen dan eigen onderdanen met een derdelander als familielid (*Reed*beginsel). Zolang de Belgische wetgever de regeling inzake wettelijke samenwoning niet openstelt voor vreemdelingen en er geen recht op of gebonden machtiging tot verblijf aan koppelt, kan de verblijfsadministratie gezinshereniging weigeren aan een E.E.R.-onderdaan en zijn partner in een samenwonersstatuut.

Ook ná dergelijke tweevoudige wettelijke ingreep zou de regeling inzake gezinshereniging in beginsel kunnen worden voorbehouden aan buitenlandse samenwonersstatuten die vergelijkbaar zijn met het Belgische.

Het is evenwel denkbaar dat het Hof van Justitie in dat geval zal oordelen dat sterkere samenwonersstatuten, ondanks hun niet-vergelijkbaarheid met de wettelijke samenwoning, *a fortiori* toegang tot de regeling verlenen.

**27.** De nationale wetgever kan voorlopig evenwel blijven stilzitten. Noch uit de *Reed*-jurisprudentie, noch uit de wettelijke neerslag die de Commissie eraan plant te geven in het Voorstel tot herziening van Verord. 1612/68<sup>41</sup> volgt een positieve verplichting in dit verband.

**28.** Ook het E.V.R.M. biedt geen soelaas.

Heteroseksuelen genieten weliswaar bescherming van hun gezinsleven, maar kunnen geen aanspraak maken op een juridisch statuut. Inzake verblijf wordt overigens nog steeds de *elsewhere approach* toegepast op een verzoek tot gezinshereniging. Partners met een samenwonersstatuut genieten slechts dezelfde behandeling als feitelijke partners.

Homoseksuelen genieten vooralsnog, zoals we reeds aangaven, geen erkend gezinsleven<sup>42</sup>. Ook een samenwonersstatuut verleent hen niet de bescherming van gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Het voornemen om dat ook te doen in de geplande nieuwe gezinsherenigingsrichtlijn voor Unieburgers is inmiddels verlaten, *cf. supra*, deel 2C, randnr. 138.

<sup>42</sup> *Cf. supra*, de huwelijksvereiste van een verschillend geslacht. Geen erkenning van gezinsleven, ook niet i.v.m. migratie: E.C.R.M. nr. 9369/81, zaak-X en Y t. V.K. 3 mei 1983, *D&R* 32, 223 (uitwijzing ondanks homoseksuele relatie met Brits onderdaan); E.C.R.M. nr. 12513/86, zaak-W.J. en D.P. t. V.K., 13 juli 1987, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 14753/89, zaak-C.M. en L.M. t. V.K., 9 oktober 1989, *onuitg.* (uitzetting Australische vrouw met via KID verwekt kind); E.C.R.M. nr. 16106/90, zaak-B. t. V.K. van 10 februari 1990, *D&R* 64, 278 (uitwijzing Cyprioot naar noord-Cyprus waar homoseksuele handelingen nog steeds strafbaar zijn).

<sup>43</sup> *Cf. supra* evenwel voor onze tegengestelde mening: het instellen van een statuut wijst erop dat gezinsleven wordt erkend.



## F. EUROPESE IMPULSEN VOOR EEN GEHARMONISEERDE AANPAK

### F.1. EXPLICIETE IMPULS: EEN SAMENWERKINGSVERBAND

29. Er wordt ruim gepleit voor een I.P.R.-verdragsregeling van de buitenhuwelijkse samenlevingsvormen<sup>44</sup>. Geen van de bestaande I.P.R.-verdragen inzake personeel statuut verwijzen naar de buitenhuwelijkse samenwoning of laten een analogische toepassing van de bepalingen erop toe. Ook de C.I.E.C. heeft vooralsnog geen werk gemaakt van harmonisering<sup>45</sup>. Te meer nu de opvattingen verdeeld blijven<sup>46</sup>, is internationaal overleg aangewezen. Het geloof in een snelle harmonisatie van Europees familierecht is evenwel gering<sup>47</sup>. De grote verschillen tussen de nationale regelingen en culturele opvattingen inzake buitenhuwelijkse samenleving bemoeilijken de harmonisatiepogingen ernstig<sup>48</sup>.

30. Een conferentie in maart 1999 in het kader van de Raad van Europa betreffende "civil law aspects of emerging forms of registered partnerships, legally regulated forms of non-marital cohabitation and registered partnerships" heeft uitgewezen dat er vooralsnog m.b.t. onvoldoende punten consensus is om te komen tot een verdrag. Wél is n.a.v. de conferentie voorgesteld om een samenwerkingsverband op te richten tussen de Raad van Europa, de Haagse Conferentie voor I.P.R.<sup>49</sup> en de C.I.E.C.<sup>50</sup>. Dit samenwerkingsverband zou in een eerste fase de ontwikkelingen inzake materieel recht per land kunnen

<sup>44</sup> K. BOELE-WOELKI, "De wenselijkheid van een IPR-verdrag inzake samenleving buiten het huwelijk", *F.J.R.* 1999, 11-13; F. BOULANGER (1992), 287-305; H. FULCHIRON, "Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé", *J.D.I.* 2000, 912; H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Geregistreerd partnerschap en de Europese Unie", *N.J.B.* 1995, 1566-1570; M. KILLERBY, "The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)", in N. LOWE en G. DOUGLAS (eds), *Families across frontiers*, Den Haag, Nijhoff, 1996, 13-25.

<sup>45</sup> R. WAGNER, *I.c.*, 282.

<sup>46</sup> Nog steeds gekant tegen een gelijke behandeling van buitenhuwelijks samenwonenden: o.m. DEECH, "The case against legal recognition of cohabitation", in J. EEKELAAR en S. KATZ, "The resolution of family conflict: comparative legal perspectives", Toronto, Butterworth, 1982, noot 22. *Contra*: R. BAILEY-HARRIS, "Law and the unmarried couple oppression or liberation", *CFLQ* 1996, 137.

<sup>47</sup> J. COMAILLE en F. DE SINGLY, "Europe: the political future of the family", in J. COMAILLE en F. DE SINGLY (eds), *The European family: the family in question in the European Community*, Boston/Den Haag, Kluwer, 1997, 55; RUBELLIN-DEVICHI, "Family law: the continuity of national characteristics", in J. COMAILLE en F. DE SINGLY, *I.c.*, 165. Zie ook impliciet: D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 555-556, m.b.t. de zwakte maar tegelijk ook het onontkoombare karakter van het consensusmodel, aangezien het familierecht in voortdurende evolutie is.

<sup>48</sup> K. BOELE-WOELKI, *I.c.*, *F.J.R.* 1999, 11; R. PROBERT, "Displacing marriage diversification and harmonisation within Europe", *Child and family law Quarterly* 2000, 154; W. MULLER-FREIENFELS, "Cohabitation and marriage law- a comparative study", *I.J.L.F.* 1987, 262.

<sup>49</sup> M.V. POLAK en V. VAN DEN EECKHOUT, "Kroniek van het internationaal privaatrecht", *N.J.B.* 200, 507: 512: de Haagse conferentie wenst tot op vandaag niet om een onderzoek in te stellen, omdat dat alleen reeds impliciet een legitimering zou bieden aan partnerschappen.

<sup>50</sup> Zie ook K. BOELE-WOELKI, *I.c.*, *F.J.R.* 1999, 13; W. SCHRAMA, *I.c.*, *F.J.R.* 1999, 131 en R. WAGNER, *I.c.*, 282, voor een uitnodiging tot voorstellen aan het adres van de C.I.E.C.

inventariseren, om vervolgens een eengemaakte I.P.R.-regeling te ontwikkelen.

## F.2. IMPLICIETE IMPULS: HET HANDVEST VAN DE GRONDRECHTEN VAN DE EUROPESE UNIE

31. We gaven hierboven aan dat een buitenhuwelijkse tweerelatie vooralsnog in de termen van het E.V.R.M. slechts beschermd wordt als feitelijk gezinsleven en geen *recht* verleent op gezinshereniging.

Evenmin verleent het E.V.R.M. het recht om een buitenhuwelijks gezin te stichten. Het Hof voor de Mensenrechten heeft in het arrest-Abdulaziz verduidelijkt dat art. 12 E.V.R.M. in dit verband slechts speelt in de hypothese dat een vreemdeling een andere vreemdeling wil laten overkomen om samen in België een huwelijk aan te gaan<sup>51</sup>. Daarmee lijkt het Hof uit te sluiten dat het recht om een gezin te stichten, zoals beschermd door art. 12 E.V.R.M., kan worden losgekoppeld van het huwelijksinstituut<sup>52</sup>.

32. Met het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie hebben de E.U.-lidstaten evenwel aangegeven beide rechten wél los te koppelen<sup>53</sup>. Dit gegeven laat het Hof voor de Mensenrechten o.i. toe om af te stappen van de Abdulaziz-jurisprudentie en aan te nemen dat art. 12 E.V.R.M. personen die verblijven in een E.U.-Lidstaat het recht verleent om een gezin buiten het huwelijk te stichten.

33. Dit zou tot gevolg hebben dat ook de nationale *verblijfs*regeling voor buitenhuwelijkse partners zou kunnen worden getoetst aan het door art. 12 beschermde recht.

Een recht op gezinshereniging zou hier evenwel niet uit voortvloeien, naar analogie met de verduidelijking dat het recht om te huwen geen verblijfsrecht impliceert<sup>54</sup>. Hoogstens zou een tijdelijke machtiging tot verblijf moeten worden verleend met het oog op de instelling en registratie van de relatie. Dergelijke machtiging is onontbeerlijk opdat de inrichting van het gezinsleven bewijsbaar

---

<sup>51</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, 28 mei 1985, *Publ. Cour eur. D.H.*, serie A, nr. 94, §62.

<sup>52</sup> Het Hof heeft weliswaar in het arrest-Rees gesteld: “article 12 is *mainly* (eigen cursivering) concerned to protect marriage as the basis of the family” (Hof Mensenrechten, arrest-Rees van 17 oktober 1986, *Serie A*, nr. 106, 19), maar deed dat mogelijk *in tempore non suspecto* en kon zeker nog geen rekening houden met de evoluties die zich sindsdien hebben voorgedaan en die een gewijzigde opvatting mogelijk rechtvaardigen. *Contra*: P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF, o.c., 1998, 613-614: de evolutie van het gezinsdenken geeft aan dat art. 12 E.V.R.M. “would seem to leave sufficient scope for an interpretation of the concept of ‘founding a family’ in which these developments are taken into account”.

<sup>53</sup> *Cf. supra*, deel 2C, randnr. 131 en deel 3A, hoofdstuk 5 (impliciete grondvereisten), randnrs 10-12 en 49.

<sup>54</sup> De appreciatiemarge van de Staten is ruim: Hof Mensenrechten, arrest-Gül van 19 februari 1996, *T. Vreemd.* 1996, 128, § 3; Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz, Cabales en Balkandali van 28 mei 1985, *Publ. Cour eur. D.H.*, serie A, nr. 94, §67; E.C.R.M. nr. 9369/81, *D&R* 32, 220. *Cf. supra*, deel 2C.

zou kunnen worden gemaakt, het gezinsleven naar recht zou kunnen worden erkend en er juridische gevolgen uit zouden kunnen worden geput. Een juridisch statuut voor samenwoners zou niet alleen een vorm, maar ook een noodzakelijke inhoud geven aan het recht om een gezin te stichten. Uit dit recht vloeit immers logischerwijze het recht voort om het gezinsleven een juridisch statuut te verlenen.

**34.** Ook de meest restrictieve interpretatie van art. 12 E.V.R.M. in de voorgestelde splitsbare lezing, met name een interpretatie in toepassing van de *elsewhere approach*, laat o.i. toe om uit het artikel impliciet voor *alle* Staten die het E.V.R.M. hebben onderschreven een verplichting af te leiden om in een samenwonersstatuut te voorzien. Ingevolge de *elsewhere approach* moeten de betrokkenen steeds ‘ergens’ hun gezin kunnen stichten<sup>55</sup>. Het begrip ‘elders’ wordt niet onbeperkt geïnterpreteerd<sup>56</sup>, maar beperkt zich logischerwijze tot ‘één van de Staten waar minstens één van de betrokkenen een band mee heeft’. Aangezien slechts weinig Staten vooralsnog in een juridisch statuut voor samenwonenden hebben voorzien, is de kans groot dat de Verdragsstaat vroeg of laat wordt geconfronteerd met vreemdelingen die hun recht op een administratiefrechtelijk samenwonersstatuut ‘nergens’ kunnen uitoefenen.

**35.** Uit de gesplitste lezing van art. 12 E.V.R.M. leiden we bijgevolg af dat alle E.U.-Lidstaten in een juridisch statuut voor buitenhuwelijks samenwonenden moeten voorzien. Het ‘recht om een gezin te *stichten*’ duidt immers i.t.t. het ‘recht op *bescherming* van familieleden’ van art. 8 E.V.R.M., op een recht om het gezinsleven te *formaliseren*.

Aangezien vooralsnog slechts t.a.v. heteroseksuelen gezinsleven wordt aangenomen, menen we dat art. 12 E.V.R.M. ook in de verruimde lezing geen bescherming instelt voor homoseksuele partners. We verwijzen tevens terug naar de bedenkingen die we maakten bij de bespreking van het homohuwelijk: het formele recht om een statuut in te stellen houdt nog geen recht in op een inhoudelijk uitgewerkt statuut. Om die reden gaven we hierboven aan dat de verplichting zich beperkt tot een administratiefrechtelijke registratie van de samenwoning.

---

<sup>55</sup> H. STOREY, “The right to family life and immigration case law at Strasbourg”, *ICLQ* 1990, 341-343; X. PESENTI, “Les couples mixtes et étrangers au regard de la Convention européenne des droits de l’Homme”, in H. FULCHIRON, o.c., 149. Zie evenwel de evolutie naar een *connections approach*, cf. *supra*, deel 2C.

<sup>56</sup> Tegen de stelling dat dat wél het geval zou zijn, is onmiddellijk een ernstig bezwaar denkbaar: de administratie van de enkele landen (daarbij moet op wereldschaal worden gedacht, aangezien het E.V.R.M. geenszins de *elsewhere approach* tot Europa lijkt te beperken: zie o.m. de rechtspraak die verderop wordt aangehaald) die in een partnerschapsregistratie voorzien, zouden overstelp worden met aanvragen (om reden van art. 8 E.V.R.M. – cf. *infra*) en de regeling vermoedelijk niet lang handhaven.

## **HOOFDSTUK 4. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE EN HET GEZINSHERENIGINGSRECHT**

### **A. HET RECHT OP BESCHERMING VAN HET GEZINSLEVEN EN DE VRAAG NAAR GEZINSHERENIGING VOOR DE BUITENHUWELIJKSE PARTNER**

#### **A.1. EEN NATIONALE OF INTERNATIONALE BEPALING TER BESCHERMING VAN GEZINSLEVEN BESCHERMT PARTNERS IN EEN RECHTSORDE ZONDER SAMENWONERSREGELING SLECHTS BEPERKT EN MITS HET EEN HETEROSEKSUELE RELATIE BETREFT**

##### **A.1.A. GEEN GEZINSLEVEN VOOR HOMOSEKSUELE KOPPELS**

1. Zolang homoseksuele partners geen juridisch samenwonersstatuut kunnen aangaan, kunnen ze verschillend worden behandeld t.a.v. heteroseksuele koppels in een even stabiele partnerrelatie.

We hebben reeds stilgestaan bij de reden hiervoor: Verdragsstaten bij het E.V.R.M. zijn voornamelijk niet verplicht om gezinsleven aan te nemen tussen homoseksuelen.

2. Een homoseksuele partner kan in beginsel geen beroep doen op de bescherming van art. 8 E.V.R.M. Bij een concrete weigering van gezinshereniging zal het geen zin hebben om aan te kloppen bij het Hof voor de Mensenrechten.

Hij kan zich weliswaar beroepen op uitgebouwd privéleven in de Staat waar hem voortgezet verblijf wordt geweigerd. De notie privéleven houdt voor een oordeel inzake verblijf evenwel een praktisch nadeel in. Ze biedt niet op een even soepele wijze als de notie familieleven een sterke verblijfsaanspraak. Een aanwending ervan zal bv. niet kunnen worden losgekoppeld van de vereiste dat de betrokkene tevens langdurig verblijf kan voorleggen. Een zekere verblijfsduur vormt geen voldoende, maar wél een noodzakelijke voorwaarde om van een uitgebouwd privéleven te kunnen spreken. Een verdere uitbouw van de bescherming op grond van privéleven kan hoogstens leiden tot een (quasi<sup>1</sup>-) onuitzetbaarheid van vreemdelingen met gestabiliseerde migratie<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Eventueel kan uitzetting nog worden overwogen onder dezelfde voorwaarden als deze die vandaag gelden voor EU-vreemdelingen en gelijkgestelden: zie art. 43 Vreemdelingenwet.

<sup>2</sup> Ook in een andere context heeft het privéleven nog nooit een gelijkwaardige bescherming tegen verwijdering kunnen bieden als het gezinsleven, ook niet bij langdurig verblijf. In de zaak-Chorfi bv. heeft het familieleven in het land van herkomst de bovenhand gehaald op het uitgebouwde

Familieleven kan daarentegen in een andere Staat zijn ontstaan. Ook in dat geval kan reeds na een kort verblijf in de huidige Verblijfsstaat worden aangenomen dat het familieleven er moet kunnen worden voortgezet, bv. op grond van de verblijfsgrond, de nationaliteit of andere tekenen van integratie<sup>3</sup> in hoofde van het familielid.

3. Ook als een Verdragsstaat bij het E.V.R.M. een verblijfsregeling voor homoseksuele partners heeft uitgewerkt en hiermee aangeeft dat hij de mogelijkheid van gezinsleven aanneemt tussen homoseksuelen, zal het Hof voor de Mensenrechten vermoedelijk niet tussenkomen. We gaven reeds aan dat zijn gezinsbegrip eenvormig is voor alle Verdragsstaten en dat de invulling ervan niet geval per geval afhankelijk is van het gezinsbegrip dat binnen de rechtsorde van de betrokken Verdragsstaat wordt gehanteerd<sup>4</sup>. Dergelijke gevalsgebonden evaluatie vindt slechts in een later stadium plaats, m.n. bij de invulling van de bescherming die wordt verleend, eenmaal is vastgesteld dat een verhouding gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. is. Bijvoorbeeld: een huwelijk kan aan de grondslag liggen van gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. Deze bepaling stelt geen recht op gezinshereniging in voor de betrokkenen. De bescherming heeft m.a.w. niet van rechtswege betrekking op de verblijfssituatie. Stelt een Verdragsstaat evenwel een beleid inzake gezinshereniging in, dan kunnen de

---

dagdagelijkse privéleven van Chorfi in België en zijn samenwoning met zijn moeder en drie genaturaliseerde zussen (Hof Mensenrechten, arrest-Chorfi t. België, 7 juli 1996. Zie ook E.C.R.M., nr. 21794/93, zaak-Chorfi t. België, 21 februari 1995, § 49. In dezelfde zin: Hof Mensenrechten, arrest-Boughanemi; E.C.R.M., zaak-Bouchelkia van 6 september 1995, nr. 23078/93, § 32 en 48-50). Chorfi had nochtans sinds zijn elfde verjaardag niet meer verbleven in zijn land van herkomst en was er slechts tijdens vakanties voor korte periodes heengegaan.

In het kader van een uitzettingsbeslissing werd wél reeds relevant bevonden dat een privéleven was uitgebouwd. In het arrest-C. t. België (Hof Mensenrechten, arrest-C. t. België, 7 augustus 1996) heeft het Hof heeft besloten tot een gerechtvaardigde inbreuk op zowel het privé- als het gezinsleven van de betrokkene. Hiermee heeft het Hof aangegeven dat ook in verblijfsmateries aandacht moet uitgaan naar het privéleven "laquelle englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel et commercial". Of het Hof het privéleven van de betrokkene eveneens in overweging zou hebben genomen, was er geen sprake meer geweest van een familieleven, is evenwel onduidelijk.

<sup>3</sup> Bv. de schoolgang van kinderen. Hof mensenrechten, arrest-Boultif t. Zwitserland, 2 augustus 2001 en Hof mensenrechten, arrest-Sen t. Nederland, 21 december 2001, geven aan dat steeds meer aan belangenafweging wordt gedaan. Het onderscheid tussen een verzoek tot eerste verblijfsaanvaarding en een verzoek tot voortgezet verblijf wordt minder belangrijk. Andere criteria, zoals de belangen van andere gezinsleden met langdurig verblijf, worden in aanmerking genomen. In de zaak-Boultif bv. heeft het belang van de Zwitserse echtgenote om niet naar Algerije te moeten verhuizen de doorslag gegeven. Boultif had nog maar een jaar in Zwitserland verbleven toen hij zijn gevangenisstraf van twee jaar opliep. In de zaak-Sen speelden gelijkaardige overwegingen. P. BOELES, "Artikel 8 E.V.R.M. en het recht op gezinshereniging: nieuwe ontwikkelingen in de Straatsburgse jurisprudentie", *N.J.C.M.* 2002, 617, meent dat de rechtspraak op weg is naar een eliminatie van het legaal verblijf als beslissingsfactor. Feitelijk gezinsleven zou de enige bepalende factor worden. Ook omgekeerd zou langdurig verblijf niet volstaan om voortgezet verblijf te waarborgen. In de arresten-Adam t./ Duitsland van 4 oktober 2001 en -Bairouk t./ Frankrijk van 26 februari 2002, werd de kinderloze, ongehuwde betrokkene telkens teruggestuurd, ondanks zijn langdurig verblijf.

<sup>4</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 5 (impliciete vereisten).

toepassingsmodaliteiten van dat beleid worden getoetst aan de bepalingen van art. 8 en 14 E.V.R.M.<sup>5</sup> Een verblijfsregeling voor heteroseksuele koppels geniet volgens een gelijkaardige redenering de bescherming van het E.V.R.M. Een verblijfsregeling voor homoseksuele koppels doet dat niet, aangezien vooralsnog geen gezinsleven in de zin van het E.V.R.M. tussen homoseksuelen wordt aangenomen. Een ongelijke behandeling inzake gezinshereniging voor heteroseksuele en voor homoseksuele koppels kan m.a.w. vooralsnog niet het voorwerp vormen van een toetsing aan art. 8 j° 14 E.V.R.M.

4. Ook de notie 'familieleven' in het Handvest van de Grondrechten van de E.U. en de verwijzingen naar familieleden in talrijke Europese bepalingen sluiten homoseksuele tweerelaties vooralsnog niet in in het Europese gezinsconcept. Voor het Hof van Justitie is in dit verband m.a.w. evenmin een rol weggelegd. Het Hof heeft alvast te kennen gegeven dat het niet op eigen initiatief het gezinsconcept zal verruimen<sup>6</sup>.

Zoals we reeds aangaven, kan het Hof van Justitie wél tussenkomen, in toepassing van het *Reed*beginsel, bij ongelijke behandeling tussen homoseksuele koppels onderling. Wordt gezinshereniging toegestaan aan de buitenlandse partner van een homoseksuele Belg, dan dient ook de buitenlandse partner van een homoseksuele E.E.R.-onderdaan tot het verblijf te worden toegelaten en dit onder dezelfde voorwaarden.

5. De internrechtelijke verblijfsregeling wijst slechts op een internrechtelijke erkenning van gezinsleven tussen homoseksuelen. Bepaalde rechtsordes stellen bij grondwet een bescherming in van gezinsleven in samenhang met een grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, zo bv. art. 22 j° art. 10 en 11 G.W. In beginsel is die bescherming gelijkwaardig aan die van art. 8 j° 14 E.V.R.M., zij het dat slechts onderdanen erdoor worden beschermd. Uit een samenlezing van de bepalingen volgt o.i. evenwel dat een onderdaan eenzelfde regeling inzake gezinshereniging voor zijn buitenlandse buitenhuwelijkse partner moet genieten, ongeacht of het een hetero- of een homoseksuele relatie betreft. Stelt de wetgever eenmaal een regeling in ten behoeve van homoseksuele partners, dan moet die regeling m.a.w. meteen overeenstemmen met die voor heteroseksuele partners in een feitelijke tweerelatie.

---

<sup>5</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz.

<sup>6</sup> H.v.J., arrest-D. en Zweden t. Raad, zaak C-122/99 P en 125/99 P, 2001 *E.L.R.* I-4319 § 50.

**A.1.B. WEL GEZINSLEVEN VOOR HETEROSEKSUELE KOPPELS**

6. Van een buitenhuwelijkse heteroseksuele tweerelatie wordt wél aangenomen dat ze aan de grondslag kan liggen van gezinsleven, ook al is dat gezinsleven louter feitelijk, ongeacht of die feitelijkheid het voorwerp is van vrije keuze om geen samenwonersstatuut aan te gaan, dan wel van de onmogelijkheid daartoe binnen de betrokken rechtsorde<sup>7</sup>. N.a.v. dat gezinsleven kan het Hof oordelen dat de weigering om een verblijfsmachtiging te verstrekken, ongeoorloofd is. Het is daarbij van geen belang of de betrokken Staat een verblijfsrechtelijke regeling heeft getroffen voor samenwoners.

7. Een eventuele *elsewhere approach* kan de aanspraak van de buitenhuwelijkse partner op verblijf weliswaar beperkter maken dan in het geval dat hij een beroep kan doen op een internrechtelijke verblijfsregeling. We illustreerden evenwel reeds dat deze benadering steeds meer plaats maakt voor een *connections approach*. Deze is o.i. wenselijker met het oog op een verruimde aandacht voor het bezit van een stabiele verblijfspositie<sup>8</sup>.

8. Een internrechtelijke verblijfsregeling verleent de betrokkenen, zoals gezegd, ruimere aanspraken. Deze kunnen worden getoetst aan de bepalingen van het E.V.R.M., o.m. aan het gelijkheidsbeginsel. Er wordt de Verdragsstaten evenwel een ruime beoordelingsmarge gelaten<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Abdulaziz: "lien noué assez étroit pour entraîner la mise en jeu de l'article 8"; E.C.R.M., zaak-X. en Y. t./ Zwitserland, D&R. 9, 57. Het familieleven wordt *de facto*, a.h.v. het criterium 'required link', en niet *de iure* benaderd (Hof Mensenrechten, arrest-Johnston. Dit familieconcept van het Hof was ruimer dan het concept dat door de voormalige E.C.R.M. werd gehanteerd. De E.C.R.M. zag in art. 8 E.V.R.M. slechts een bescherming van zowel naar recht als naar de feiten *bestaand* familieleven, mits bovendien bewezen werd dat de betrokkenen samenleefden in financiële afhankelijkheid. De E.C.R.M. ging bovendien uit van een vermoeden van niet-inmenging dat slechts weerlegd werd door het bewijs dat het familieleven onmogelijk elders kon worden voortgezet, de zgn. *elsewhere-approach*: H. STOREY, *l.c.*, 330-331). Het hebben van een gemeenschappelijk kind vergemakkelijkt de aanname van effectief gezinsleven, maar is geen noodzakelijke voorwaarde (zie o.m. Hof Mensenrechten, arrest-X., Y. en Z. t. V.K., 1997, 24 E.H.R.R., 143: "the notion of family life in Article 8 is not confined solely to families based on marriage and may encompass other *de facto* relationships. When deciding whether a relationship can be said to amount to family life, a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by other means". De betrokkenen hadden een kind dat via IVF was verwekt. E.C.R.M. nr. 9478/81, zaak-X. t. B.R.D., D.R. 27, 243, stelde daarentegen expliciet, alvorens tot afwezigheid van gezinsleven te besluiten, dat er geen kinderen waren).

<sup>8</sup> Cf. *supra*, deel 2C.

<sup>9</sup> O.m. E.C.R.M. nr. 14.102/88, zaak-Aygün t. Zweden, D&R 63, 1989, 195; E.C.R.M., zaak-Draper t. V.K. van 10 juli 1980, D&R 72, 80, § 55; E.C.R.M., zaak-Hamer t. V.K. van 3 december 1979, D&R 5, 15, § 68.

## **A.2. EEN GRONDWETTELIJKE BESCHERMING VAN GEZINSLEVEN BESCHERMT PARTNERS IN EEN RECHTSORDE MET SAMENWONERSREGELING BEPERKT, O.M. OP GROND VAN NATIONALITEIT, MAAR ONGEACHT DE SEKSUELE VOORKEUR EN ONGEACHT HET AL DAN NIET AANGAAN VAN HET STATUUT**

### **A.2.A. DE LOUTERE INSTELLING VAN EEN SAMENWONERSSTATUUT VOOR HOMOSEKSUELEN WIJST OP DE MOGELIJKHEID VAN GEZINSLEVEN TUSSEN HOMOSEKSUELEN**

9. Biedt een rechtsorde homoseksuelen de mogelijkheid om hun relatie een juridische grondslag te verlenen, dan erkent hij dat gezinsleven tussen homoseksuelen mogelijk is.

10. Dit geldt o.i. overigens niet alleen voor homoseksuelen die zich het statuut daadwerkelijk aanmeten. Ook homoseksuelen die dat, al dan niet vrijwillig, nalaten, maar wel aan de toepassingsvoorwaarden van de regeling voldoen, kunnen laten gelden dat ze een feitelijk gezinsleven hebben<sup>10</sup>.

11. Elke Staat geniet weliswaar een ruime marge om de toepassingsvoorwaarden van zijn regelingen te bepalen, zolang geen Europese consensus bestaat over een recht voor buitenhuwelijk samenwonenden om hun relatie juridisch vorm te geven<sup>11</sup>.

Deze voorwaarden mogen evenwel het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel niet schenden. Zodra een bepaalde situatie als familielevens wordt beschouwd, moet een vergelijkbare situatie deze behandeling eveneens kunnen genieten, tenzij er een gerechtvaardigde grond is om af te wijken van het gelijkheidsbeginsel.

Deze bescherming beperkt zich evenwel opnieuw tot koppels waarbij minstens één onderdaan is betrokken. Ze waarborgt dat een samenwonersstatuut voor homoseksuelen niet aan strengere voorwaarden wordt onderworpen dan een samenwonersstatuut voor heteroseksuelen, tenzij daarvoor een redelijke rechtvaardiging zou zijn. Ze waarborgt, in het licht van de bestaande verblijfsregeling, dat minstens een verblijfsmachtiging op grond van gezinsleven wordt verstrekt aan de buitenlandse partner van een onderdaan, als het gezinsleven nergens elders kan worden beleefd (*elsewhere approach*). Voor de buitenlandse partner van een E.E.R.-onderdaan geldt hetzelfde, in toepassing van het Reed/beginsel.

12. Ook als het samenwonersstatuut zou worden opengesteld voor

---

<sup>10</sup> Zie daarentegen eind 1997 nog: L.-E. PETTITI, in H. FULCHIRON, *Les étrangers et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1999, 32: "on voit, dans certaines littératures un peu surréalistes, l'extension à des situations paradoxales, telles que les 'familles' lesbiennes".

<sup>11</sup> En dergelijke consensus niet uit het aangehaalde art. 9 van het Handvest kan worden afgeleid.



vreemdelingen genieten koppels van twee homoseksuele derdelanders evenwel geen bescherming in toepassing van de genoemde grondwettelijke bepalingen.

**13.** Een aanname van gezinsleven voor homoseksuelen in het licht van art. 8 E.V.R.M. zou een ander licht op de zaak werpen.

Nationaliteit zou niet langer een grond kunnen zijn om een bescherming van het gezinsleven te weigeren. Elk homoseksueel koppel zou bescherming van het gezinsleven genieten, ongeacht of het een samenwonersstatuut aangaat. Ook al kan een vreemdeling in België vooralsnog geen wettelijke samenwoning aangaan<sup>12</sup>, het zou volstaan dat de betrokkenen aan de andere grondvoorwaarden van de regeling voldoen om feitelijk gezinsleven aan te nemen. Gezinsleven t.a.v. één categorie zonder meer afwijzen, zou m.n. disproportioneel zijn als een loutere aanname van een wettelijk statuut wél tot aanname van gezinsleven zou leiden. De erkenning van gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M. kan niet afhangen van een wettelijk statuut: ook feitelijk gezinsleven geniet bescherming. M.b.t. heteroseksuele samenwoners wordt dit alvast erkend door het Hof voor de Mensenrechten: hun feitelijk gezinsleven wordt beschermd, zij het niet op gelijke voet met gehuwden<sup>13</sup>.

In toepassing van de *elsewhere approach* zou een minimale verblijfsregeling gelden. Kunnen heteroseksuelen in een gelijkaardige gezinssituatie een beroep doen op een regeling inzake gezinshereniging, dan zou die ook voor homoseksuelen gelden, tenzij een verschil in behandeling gerechtvaardigd is.

#### **A.2.B. HET EFFECTIEF AANGAAN VAN EEN SAMENWONERSSTATUUT KAN EVENWEL EEN GROTERE BESCHERMING BIEDEN**

**14.** We gaven aan dat de bescherming van gezinsleven tussen homoseksuelen niet afhankelijk kan worden gesteld van het aangaan van een samenwonersstatuut. Het spreekt evenwel voor zich dat dergelijk statuut de betrokkenen zowel nationaal- als internationaalrechtelijk beter beschermt.

In de betrokken Staat genieten partners met statuut subjectieve rechten. Van bepaalde toelaatbaarheidsvoorwaarden in een eventuele verblijfsregeling zal de vervulling wettelijk worden vermoed of gewaarborgd. We denken bv. aan het

<sup>12</sup> Bepaalde ambtenaren laten dat evenwel toe. We verwezen ook reeds naar de parlementaire voorbereiding van de wet van 23 november 1999, die deze mogelijkheid aangaf. Cf. *supra*, hoofdstuk 3, voetnoot bij randnr. 1.

<sup>13</sup> O.m. Hof Mensenrechten, arrest-Marckx; Hof mensenrechten, arrest-Kroon, nr. 18535/91, 27 oktober 1994, *Serie A*, nr. 297-C, § 38. Zie bv. ook t.a.v. een ongehuwd koppel met een transseksueel: E.C.R.M., zaak-X., Y. en Z t./V.K. nr. 21.830/93, 27 juni 1995, *Publ. Cour eur. D.H.* 1996, *Serie A*, nr. 20; bevestigd in Hof Mensenrechten, arrest-X., Y. en Z van 22 april 1997, *Publ. Cour eur. D.H.* 1997, nr. 24, *Rev. trim. D.H.* 1998, 117, noot F. RIGAUX. M.b.t. de beperktheid van de bescherming: Hof Mensenrechten arrest-Solomon t. Nederland, 5 september 2000, nr. 44328/98, *onuitg.*, aangeh. in D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 228: art. 8 E.V.R.M. verleent buitenhuwelijkse samenwoners geen recht op gezinshereniging.

engagement om zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor huishoudelijke schulden en om bij te dragen in de lasten van het huishouden. Ook zal het bewijs van bepaalde vereisten gemakkelijker geleverd worden, bv. het bewijs van het bestaan en van de duur van de relatie.

Internationaalrechtelijk zal o.m. de sterkte van de band met de betreffende rechtsorde overtuigender zijn: enerzijds hebben de betrokkenen een beroep gedaan op de autoriteiten van de Staat met het oog op een toepassing van het recht ervan; anderzijds kan de duur van de gezinsband eenvoudiger worden bewezen.

#### **A.2.C. GEEN PLICHT VOOR DE VERDRAGSSTATEN BIJ HET E.V.R.M. OM HUN WETTELIJKE REGELINGEN AAN TE PASSEN**

##### **\* *Geen plicht voor de Verdragsstaten om hun samenwonersstatuut open te stellen voor vreemdelingen***

15. Niet steeds evenwel zullen de betrokkenen de kans hebben om een samenwonersstatuut aan te gaan<sup>14</sup>.

16. Ook een bescherming in het licht van art. 8 E.V.R.M. zou niet zover reiken dat de regeling inzake wettelijke samenwoning zou moeten worden opengesteld voor vreemdelingen. Rechtspraak van het Hof van Justitie heeft uitgewezen dat I.P.R.-keuzes verenigbaar zijn met het gelijkheidsbeginsel en met het recht op vrij verkeer<sup>15</sup>. Het Hof voor de Mensenrechten zal vermoedelijk niet anders oordelen,

---

<sup>14</sup> We stonden hierboven stil bij een mogelijke verruimde lezing van art. 12 E.V.R.M., waar dat wél impliciet uit zou voortvloeien. Ook al laat de lezing van art. 9 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie dergelijke lezing toe, we opteren ervoor om onze stelling niet te vernauwen tot deze piste. Het is goed denkbaar dat het Hof, dat zich in dit verband uiterst voorzichtig opstelt, vooralsnog niet wenst in te gaan op deze aanwijzingen voor een splitsbaarheid van de twee rechten die in art. 12 E.V.R.M. worden beschermd.

Is het Hof daar wél toe bereid, dan is het overigens denkbaar dat de bescherming zich beperkt tot E.E.R.-onderdanen en hun partners. De werking van het Handvest beperkt zich immers tot de bevoegdheidssfeer van de E.U., m.a.w. tot situaties van vrij verkeer. Het is m.a.w. denkbaar dat de buitenhuwelijkse partner van een derdelander ook in een nieuwe interpretatie van art. 12 E.V.R.M. geen recht geniet om een buitenhuwelijks gezin te stichten.

<sup>15</sup> O.m. H.v.J. 14 juli 1994, nr. C-379/92, arrest-P. Peralta, *Jur. H.v.J.* 1994, I-3453, § 48. *In casu* werd geoordeeld dat de nationale wetgeving niet in strijd was met het gelijkheidsbeginsel om de enkele reden dat andere Lidstaten minder strenge bepalingen zouden toepassen. Dit beginsel laat eveneens toe om te besluiten dat staatssoevereiniteit kan worden aangenomen inzake kwalificatie en bepaling van de aanknopingsfactoren. Er treedt geen discriminatie op tussen Unieburgers bij verschillende behandeling als gevolg van verschillen in de nationale wetgeving van de Lidstaten. Toegespitst op het I.P.R.: o.m. M. TRAEST, *De verhouding van de Europese Gemeenschap tot de Conferentie van Den Haag voor het Internationaal Privaatrecht. Een vergelijkende analyse van hun wederzijdse beïnvloeding, interferentie en hun bijdrager tot de integratie van het internationaal privaatrecht*, Gent, R.U. Gent, 2002, 437; M. FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *Rec. des Cours* 1995, nr. 253, 123; G. FISCHER, "Gemeinschaftsrecht und Kollisionsrechtliche Staatsangehörigkeitsprinzip", in C. VON BAR, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht. Tagung des Instituts für*

gezien de ruime appreciatiemarge die het de Verdragsstaten laat, zowel inzake nieuwe gezinsrelaties, als inzake vreemdelingenbeleid.

**\* Geen plicht voor de Verdragsstaten om hun verblijfsregeling voor wettelijke samenwoners open te stellen voor feitelijke samenwoners**

17. Ook volgt uit de hierboven geargumenteerde aanname van gezinsleven tussen homoseksuelen niet dat van rechtswege een recht op gezinshereniging zou ontstaan. De *elsewhere approach* vormt, evenals bij heteroseksuele buitenhuwelijkse partners, volgens het Hof een gerechtvaardigde rem<sup>16</sup>.

18. Evenmin zou een bevoorrechte verblijfsregeling voor wettelijke samenwoners moeten worden opengetrokken t.b.v. feitelijke samenwoners. Dergelijke verplichting kan niet uit art. 8 E.V.R.M. worden afgeleid. Het Hof voor de Mensenrechten zal niet snel tot de vergelijkbaarheid van een geïnstitutionaliseerde en een louter feitelijke tweerelatie besluiten. Het zal zich ertoe beperken na te gaan of *in casu* al dan niet ter bescherming van het gezinsleven een verblijfsmachtiging had moeten worden verleend, los van de nationale regeling.

19. Ook over de vergelijkbaarheid van buitenlandse samenwonersstatuten met

---

*internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 6. und 7. April 1990 in Osnabrück*, Köln, Carl Heymans Verlag KG, 1991, 161; P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the law of the European Communities*, London, Kluwer law international, 1998, 171.

Art. 12 EG-verdrag heeft inderdaad slechts betrekking op discriminatie die volgt uit de toepassing van rechtsregels die behoren tot de rechtsorde van één enkele Lidstaat (zie ook H.v.J. 25 januari 1983, arrest-D.J. Smit Transport BV t. Commissie Grensoverschrijdend Beroepsgoederenvervoer, nr 126/82, *Jur. H.v.J.* 1983, 73). Ook de verschillende mate waarin de Lidstaten internationale verdragen hebben geratificeerd, kan op zich geen grond vormen om te besluiten tot discriminatie van bepaalde Unieburgers. Anders oordelen zou een inbreuk vormen op de soevereiniteit van de Lidstaten om te bepalen welke verdragen ze wel en welke ze niet ratificeren (M. TRAEST (2002), 43). Nogmaals in dezelfde zin oordeelt TRAEST, o.c., 439, dat een toepassing van de *lex fori* op vreemdelingen die eveneens banden hebben met andere rechtsordes, niet discriminatoir kan worden bevonden. Anders oordelen zou inhouden dat het internationaal privaatrecht strijdig is met het gemeenschapsrecht. Door zijn bilateralisering eerbiedigt art. 3, derde lid B.W. overigens het gelijkheidsbeginsel: ook voor vreemdelingen geldt het nationaliteitsbeginsel (Cass. 19 januari 1882, *Pas.* 1882, I, 36; Cass. 12 april 1888, *Pas.* 1888, I, 186).

<sup>16</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Solomon t. Nederland, 5 september 2000, nr. 44328/98, *onuitg.*, aangeh. in D. VAN GRUNDERBEECK (2002), 228: uit art. 8 E.V.R.M. kan geen recht op verblijf worden afgeleid t.b.v. buitenhuwelijkse samenwoners. Vóór de invoering in 1997 van de Belgische omzendbrief voor samenwoners werd het verblijf in beginsel geweigerd aan samenwoners: zie de rechtspraak ter zake t.a.v. partners van een Belg (R.v.St. 22 november 1984, nr. 24.852, *Rec. C.E.* 1984, 2034; R.v.St. 17 februari 1993, nr. 42.002, *R.A.C.E.* 1992) en t.a.v. partners van een EU-vreemdeling (R.v.St. 23 september 1983, nr. 23.496, *Rec. C.E.* 1983, 1703; H.v.J. 17 april 1986, nr. 59/85, arrest-Reed, *Jur. H.v.J.* 1986, 1296). Wel behielp men zich regelmatig met de bepaling van art. 9, derde lid Vreemdelingenwet en art. 8 E.V.R.M. (schending van het privéleven): L. WALLEYN, "Recht op huwelijk en gezinsleven voor niet-verblijfsgerechtigde vreemdelingen", in X., *Jaarboek Mensenrechten 1996-1997*, Antwerpen, Maklu, 1997, 157.

die van de betrokken Staat zal het Hof zich vermoedelijk niet snel uitspreken, zeker niet in verblijfsrechtelijke aangelegenheden. De betrokkenen voldoen mogelijk in beginsel aan de toepassingsvoorwaarden van de regeling, omdat hun samenwonersstatuut dezelfde waarborgen biedt als de verblijfsregeling vereist, bv. een tenlasteneming van de partner via een plicht tot hulp en bijstand en tot bijdrage in de lasten van het huishouden. Het statuut verleent in de praktijk evenwel niet steeds dezelfde garanties, aangezien de wettelijke waarborgen niet steeds even gemakkelijk afdwingbaar zijn als bij Belgen. Ook als de betrokkenen zich bereid zouden tonen om zekerdere waarborgen te bieden, bv. via de storting van een borgsom, is het weinig waarschijnlijk dat het Hof voor de Mensenrechten zich met een beoordeling ten gronde zou inlaten. Het Hof laat de Verdragsstaten, zoals gezegd, een ruime appreciatiemarge. Het zal zich er vermoedelijk toe beperken specifieke correcties door te voeren in behartigenswaardige gevallen, in toepassing van art. 3 of 8 E.V.R.M.<sup>17</sup>, dit alles overigens in de hypothese dat het Hof bereid zou zijn om het gezinsbegrip te verruimen.

### A.3. BESLUIT

20. Samengevat biedt een grondwettelijke bescherming van het gezinsleven de inwoner van een Staat die de buitenhuwelijkse samenwoning van homoseksuele partners een plaats geeft in zijn juridisch bestel, het recht om zijn buitenhuwelijkse homoseksuele relatie beschermd te zien als gezinsleven, mits die inwoner onderdaan is van de betrokken Staat of de betrokken Staat een E.U.-Lidstaat is en de inwoner Europees burger is. Deze bescherming is evenwel beperkt door een *elsewhere approach*, tenzij het verblijfsrecht van de betrokken Staat voor partners met een samenwonersstatuut in een specifieke verblijfsregeling voorziet en de betrokkenen het betreffende statuut zijn aangegaan, of tenzij een specifieke verblijfsregeling geldt voor alle partners die bepaalde administratieve formaliteiten vervullen.

Een regeling in laatstgenoemde zin is ingesteld door de Belgische omzendbrief van 30 september 1997<sup>18</sup>. Hij biedt een koppel van homoseksuele derdelanders een mogelijkheid tot bescherming, die vooralsnog ontbreekt op internationaal en grondwettelijk niveau. Zolang de relatie van homoseksuelen niet wordt beschermd als gezinsleven in de zin van art. 8 E.V.R.M., zijn twee derdelanders wat hun verblijf op grond van de relatie betreft overgeleverd aan het

---

<sup>17</sup> Zie bv. C.E. fr. 22 mei 1992, *Rev. fr. dr. adm.* 1992, 774: nog vóór de invoering van het PACS heeft de Franse Conseil d'Etat geoordeeld dat een weigering van verblijf t.a.v. een vrouw die sinds vijf jaar in Frankrijk, eveneens het land van verblijf van haar ouders, woonde bij een Française, niet gerechtvaardigd was. Cf. *supra*, hoofdstuk 1, voor Belgische rechtspraak. Zie ook Hof mensenrechten, arrest-Cardoso en Johansen t. V.K., ontvankelijkverklaring op 5 september 2000 (niet verder behandeld t.g.v. een minnelijke schikking) van de vraag naar de verenigbaarheid met art. 8 E.V.R.M. van een weigering van binnenkomst aan een homoseksuele (tevens aidszieke) Braziliaanse partner van een Brit, die reeds 18 jaar met hem samenleefde en het V.K. terug binnen wilde komen nadat hij met een vals paspoort zijn moeder had bezocht.

<sup>18</sup> Omz. 30 september 1997 betreffende het verlenen van een verblijfsmachtiging op basis van samenwoning in het kader van een duurzame relatie, B.S. 14 november 1997.

goedbevinden van de nationale wetgever.

21. We gaan verderop nader in op de omzendbrief voor samenwoners (C.3.c.), maar staan vooreerst kort stil bij de (vooralsnog beperkte) inspanningen die tot op vandaag op Europees niveau zijn geleverd met het oog op gezinshereniging voor de buitenhuwelijkse partner.

## **B. HET EU-VERDRAG, HET RECHT OP VRIJ VERKEER EN HET RECHT OP GEZINSHERENIGING VOOR DE PARTNER MET SAMENWONERSSTATUUT**

### **B.1. DE BEPERKTE INMENGING VAN HET EU-RECHT**

22. Ook het EU-recht legt de Lidstaten vooralsnog niet de plicht op om te voorzien in een samenwonersstatuut of om in het licht van Verord. 1612/68 in een recht op gezinshereniging voor buitenhuwelijkse partners te voorzien<sup>19</sup>.

23. Het Hof van Justitie oordeelde in de arresten-Reed en Diatta dat een verruiming van de noties slechts aan de *nationale wetgever* toekomt en de jurisdictionele bevoegdheid van het Hof overstijgt<sup>20</sup>. In enkele latere arresten

---

<sup>19</sup> O. DE SCHUTTER, "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 535, meent evenwel dat art. 10 Verord. 1612/68 een discriminatie instelt tussen zij die een huwelijk kunnen aangaan en zij die dat niet kunnen. Zowel art. 39, tweede lid (voorheen art. 48) EG-verdrag als het gelijkheidsbeginsel (zie bv. H.v.J. 28 december 1975, arrest-Rutili, nr. 36/75, *Jur. H.v.J.* 1975, 1219) moeten volgens DE SCHUTTER kunnen volstaan opdat het Hof van Justitie zijn interpretatie in het arrest-Reed van art. 10 reglement nr. 1612/68 zou herzien (zie ook F. SNYDER, H. SOMSEN en H. DUEDAHL HOYER, "Subsidiarity: an Aspect of European Community Law and its relevance to Lesbians and Gay Men", in K. WAALDIJK en A. CLAPHAM, o.c., 235). Bepaalde rechtspraak lijkt evenwel het tegendeel uit te wijzen (H.v.J. 17 februari 1998, nr. C-249/96, arrest-L.J. Grant / South-West Trains Ltd., *Jur. H.v.J.* 1998, I, 621, concl. M. ELMER: art. 119 EG-verdrag en richtlijn 75/117 - betreffende het nader tot elkaar brengen van de lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers - zijn niet geschonden door een reglementering die toelaat aan de samenwonende partner van een werknemer van een spoorwegmaatschappij om tegen verlaagd tarief te reizen, terwijl dat niet toegestaan werd aan de homoseksuele partner).

H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie", *N.J.B.* 2001, 206, formuleert wel terecht volgende kritiek (in samenlezing met de verwijzing naar art. 7, tweede lid (recht op verblijf als sociaal voordeel) Verord.): "het is opmerkelijk dat het uitoefenen van een mensenrecht, zoals het recht op familieleven, wordt beschouwd als een maatschappelijk voordeel dat, afhankelijk van de wetgeving in een bepaald land, aan sommigen toekomt en aan anderen niet". Echtgenoten die niet langer samenwonen en louter gehuwd blijven om aanspraak te kunnen (blijven) maken op de voordelen naar Europees recht inzake vrij verkeer, genieten bescherming boven partners met oprecht gezinsleven.

<sup>20</sup> H.v.J. nr. 59/85, arrest-Nederlandse staat tegen Ann Florence Reed van 17 april 1986, *Jur. H.v.J.* 1986, 1283: "in the absence of any indication of a general social development which should justify a broad construction and in the absence of any indication to the contrary in the regulation (Verord. 1612/68, eigen toevoeging), it must be held that the term 'spouse' in article 10 of the Regulation refers to a marital relationship only". Hierover o.m. H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA,

bevestigde het Hof deze opvatting nogmaals, hierin voorafgegaan door het Gerecht van eerste aanleg. Geen van de huidige partnerschappen of andere samenwonersstatuten is volgens deze instanties vergelijkbaar met het huwelijk<sup>21</sup>

**24.** Wordt evenwel een statuut ingesteld en opengesteld voor gemengde koppels van een eigen onderdaan en een vreemdeling, en wordt aan dat statuut een recht op gezinshereniging gekoppeld, dan moeten een EU-onderdaan en zijn partner, zoals gezegd, in gelijkaardige omstandigheden eenzelfde verblijfsrechtelijk voordeel genieten<sup>22</sup>.

**25.** Hier rijst evenwel een nieuw probleem, zo mogelijk nog prangender dan de vraag welke samenwonersstatuten kunnen worden erkend binnen de sfeer van het familierecht. We opteerden ervoor om binnen het familierecht aan het betreffende statuut de rechtsgevolgen te verbinden die het personele recht of het recht in toepassing waarvan het statuut tot stand is gekomen, het toekent. Een werkelijke inpassing van het statuut is niet noodzakelijk, aangezien de relatie zich binnen het familierecht beperkt tot de privésfeer.

Wordt het publiekrecht – o.m. verblijfsrecht en sociaal recht – er evenwel bij betrokken, dan rijst de vraag naar een inpassing van de relatie in het recht van het *forum* wél onvermijdelijk. De vraag naar de vergelijkbaarheid met de situatie van gehuwden, van wettelijke samenwoners of van louter feitelijke samenwoners zal in dit verband onvermijdelijk rijzen, aangezien de betrokkenen zullen moeten

---

“Lesbians and gays and the freedom of movement of persons”, in K. WAALDIJK en A. CLAPHAM (eds), *Homosexuality: A European Community Issue. Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*, Boston, Nijhoff, 1998, 289-316.

<sup>21</sup> Ger. E.G. nr. T-65/92, 17 juni 1993, arrest-Arauxo-Dumay t. Commissie, *Jur. H.v.J.* 1993, II, 597; Ger. E.G., zaak-D. en Zweden tegen Raad, nr. T 264/97, 28 januari 1999, *European Court reports - staff cases* 1999, IA-1 en II-1 en *databank Celex*, bevestigd door H.v.J. 31 mei 2001, nr. C-122/99 en C-125/99, *European Court Reports* 2001, I-04319: “The Council supports the more restrictive interpretation adopted by the Court of First Instance, mainly on the grounds that there is no ambiguity in the wording of the Staff Regulations, that even in the law of those Member States which recognise the concept of registered partnership that concept is distinct from marriage and is treated as being equivalent only as regards its effects and subject to exceptions and, lastly, that a registered partnership arrangement exists only in some of the Member States and to treat it as being equivalent to marriage for the purposes of applying the Staff Regulations would be to extend the scope of the benefits concerned, which requires a prior assessment of its legal and budgetary consequences and a decision on the part of the Community legislature rather than a judicial interpretation of the existing rules”. Het Hof vervolgde dat de Unie een eerder verzoek van Zweden om een geregistreerd partnerschap gelijk te behandelen als een huwelijk reeds had afgewezen. Weliswaar heeft het Hof zich nog niet uitgesproken over dergelijke statuten, die sterker zijn dan een loutere *de facto* relatie. Niettemin wordt vooralsnog algemeen aangenomen dat een huwelijk steeds betrekking heeft op personen van een verschillend geslacht. De huidige regelingen zijn enerzijds heel divers, en onderscheiden zich anderzijds in alle betrokken Staten van het huwelijk. Zie Ger. E.G., zaak-Van Hamme, nr. T 102/99, (beroep aanhangig bij het Hof van Justitie). Hierover: C. DENYS, “Homosexuality: a non-issue in Community Law?”, *European Law Review* 1999, 419-425.

<sup>22</sup> Het recht op gezinshereniging wordt daarbij beschouwd als een sociaal voordeel in de zin van art. 7, tweede lid Verord. 1612/68: H.v.J. 17 april 1986, 59/85, arrest-Reed, *Jur. H.v.J.* 1986, 1283, §§ 28 en 29.

worden ingepast in de bestaande categorieën van het personeel toepassingsgebied van de verblijfs- en socialezekerheidsregeling. Een behandeling *à la carte* is reeds minder vlot denkbaar.

**26.** In de hypothese dat geen globale verblijfsregeling voor buitenhuwelijkse samenwoners wordt getroffen en dat de verblijfsregeling voor samenwoners zich beperkt tot een verwijzing naar personen met een burgerrechtelijk samenwonersstatuut, zoals dat gekend is in de betreffende Staat, rijst de voorvraag naar de assimileerbaarheid van de buitenlandse relatie met het nationale samenwonersstatuut. Dezelfde kwalificatieproblemen als hierboven uiteengezet voor het I.P.R., rijzen in het verblijfsrecht.

**27.** De betrokken Staat zou, ingevolge de uitspraak in het arrest-Reed, zijn verblijfsregeling vermoedelijk moeten openstellen voor buitenlandse partnerschappen. Deze stellen immers een minstens even sterke relatievorm met even sterke financiële waarborgen in als een desgevallend zwakker samenwonersstatuut in de betreffende Staat<sup>23</sup>. Het zou evenwel omgekeerd heel wat moeilijker zijn om m.b.t. zwakkere relatievormen te bepalen of deze eenzelfde toegang tot gezinshereniging dienen te verlenen als de partnerschapsregeling van de aangezochte Staat.

**28.** Welke statuten kunnen als vergelijkbaar worden beschouwd? De Raad van State formuleerde dezelfde vraag n.a.v. het ontwerp van I.P.R.-wetboek, en vond vooralsnog geen sluitend antwoord.

## **B.2. DE RUIME REGELING INZAKE PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED VAN DE BELGISCHE OMZENDBRIEF VAN 30 SEPTEMBER 1997**

**29.** De vraag is wat het verblijfsrecht betreft evenwel omzeild door de Belgische omzendbrief voor samenwoners. Dit gebeurde vermoedelijk als een gelukkig toeval, aangezien de omzendbrief dateert van vóór de wet op de wettelijke samenwoning en er nog geen vermoeden was van mogelijke I.P.R.-problemen in de toekomst. De minister heeft het probleem aangepakt alvorens het gerezen was: de verblijfsregeling wordt niet afhankelijk gesteld van het aangaan van een wettelijke samenwoning.

Het volstaat dat de betrokkenen na het verlenen van enkele financiële waarborgen binnen de zes maanden na binnenkomst van de partner een notariële samenwoningsovereenkomst met louter administratieve draagwijdte<sup>24</sup> voorleggen. De omzendbrief heeft op financiële risico's voor de schatkist (een

<sup>23</sup> H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie", *N.J.B.* 2001, 205-210, meent overigens dat een geregistreerd partnerschap moet worden aangemerkt als een huwelijk in de zin van art. 10 Verord. 1612/68.

<sup>24</sup> We benoemen het *contract* als dusdanig om het onderscheid te maken met een verklaring die burgerrechtelijke gevolgen heeft.

beroep op O.C.M.W.-steun, insolabiliteit m.b.t. de kosten van terugkeer,...) geanticipeerd door te vereisen dat de reeds verblijfhoudende partner in de overeenkomst een belofte doet tot financiële dekking gedurende 3, 5 jaar. Deze waarborg wordt op zijn haalbaarheid getoetst door het verblijf afhankelijk te stellen van een bewijs van voldoende bestaansmiddelen in zijn hoofd<sup>25</sup>.

Voorts bepalen de betrokkenen vrij of ze aan de overeenkomst al dan niet verdere rechten en verplichtingen koppelen, bv. inzake hun vermogen en nadere afspraken m.b.t. hulp, bijstand en lasten van het huishouden. Voor de overheid is het slechts van belang dat voldoende financiële waarborgen worden gesteld. Dit kan gebeuren langs genoemde administratiefrechtelijke weg. De overeenkomst hoeft m.a.w. geen inhoudelijke gelijkenis te vertonen met de wettelijke samenwoning.

**30.** De samenwoningsovereenkomst heeft hoedanook geen enkel familierechtelijk gevolg, aangezien ze een louter publiekrechtelijke grondslag heeft.

Dit laat toe dat vreemdelingen met een buitenlands samenwonersstatuut eveneens gebruik maken van de regeling, zonder dat ze hiermee een inbreuk begaan op hun personele wet.

Ze genieten weliswaar geen voordeligere regeling dan louter feitelijke samenwoners. Een Belg met buitenlandse partner doet dat echter evenmin. Er is m.a.w. voldaan aan het Reed-beginsel.

### **B.3. MOGELIJKE IMPULSEN VAN EUROPEES RECHT**

**31.** Het is denkbaar dat het recht op vrij verkeer op termijn zal worden uitgebreid tot buitenhuwelijkse samenwoners, in het licht van het wijzigende familierecht<sup>26</sup>. De Europese wetgever zal daar evenwel vermoedelijk mee wachten tot de meeste Lidstaten een samenwonersstatuut hebben uitgewerkt.

**32.** De Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander laat de ruime beoordelingsmarge van de Lidstaten onaangetast. In een vroegere versie gaf het voorstel nog in een afgezwakte vorm neerslag aan het Reed-beginsel. Het sprak zich niet uit over een plicht tot gelijke behandeling van buitenhuwelijkse partners ongeacht de nationaliteit, maar beperkte de toepassing van het gelijkheidsbeginsel tot een vergelijking van de situatie van buitenhuwelijkse partners en gehuwden. Slechts als beide situaties vergelijkbaar zouden zijn, wat vandaag overigens nog niet algemeen wordt aangenomen van een geregistreerd partnerschap, zouden beide relatievormen aan de grondslag moeten liggen van

---

<sup>25</sup> Begroot op 30.000 BEF, vermeerderd met 5.000 BEF per person ten laste.

<sup>26</sup> K. BOELE-WOELKI, "The road towards a European family law", 1997, *Electronic Journal of Comparative Law*, <http://www.Law.kub.nl/ejcl/11/abs11-1.html>, meent dat minstens een 'atuning' nodig zal zijn.



eenzelfde recht op gezinshereniging<sup>27</sup>. In de laatste versies van het voorstel en in de uiteindelijke Richtlijn is ook deze bepaling geschrapt en wordt het volledig aan het goedbevinden van de Staten overgelaten om al dan niet in een regeling tot gezinshereniging te voorzien.

**33.** Wél beoogt tot op vandaag art. 10, eerste lid Commissievoorstel voor een verordening tot wijziging van Verordeningen 1612/68 en 68/360 alsnog algemeen neerslag te verlenen aan het Reed-beginsel<sup>28</sup>. De Richtlijn in voorbereiding inzake gezinshereniging bij een Unieburger zal hier vermoedelijk ook toe komen, eventueel met bijkomende verplichting om geregistreerde partnerschappen hoedanook te beschermen<sup>29</sup>. Een Aanbeveling van de Raad van Europa van 26 september 2000 beoogt een volledige gelijkberechtiging van homo- en heteroseksuelen op het vlak van sociale rechten en verblijfsrecht<sup>30</sup>, maar pleit niet gelijktijdig voor een recht op gezinshereniging voor samenwoners. De Aanbeveling wekt de indruk dat een homohuwelijk als minstens even goede oplossing zou kunnen worden gehanteerd. Over een recht op gezinshereniging voor heteroseksuele samenwoners wordt niet gesproken. Het eerdere en inmiddels heropgenomen Voorstel van het Europees Parlement<sup>31</sup> om art. 10 Verord. 1612/68 aan te vullen met: “the person with whom the worker lives in a de facto union recognized as such for administrative and legal purposes, whether in the Member State of origin or the host State, and their dependent offspring”, doet dat wél.

---

<sup>27</sup> Art. 5.1.A Voorstel van richtlijn van 1 december 1999 inzake het recht op gezinshereniging: “de niet-gehuwde partner, inclusief de partner van hetzelfde geslacht recht (te geven) op gezinshereniging in de lidstaten waarvan de wetgeving de situatie van niet-gehuwde paren gelijkstelt met die van gehuwde paren”.

<sup>28</sup> COM (1998) 394 def.

<sup>29</sup> Hierover meer *cf. supra*, deel 2C, randnr. 138.

<sup>30</sup> Punt ii, d en e Aanbeveling 1470 (2000) van de Parlementaire Vergadering Raad van Europa van 26 september 2000 aangaande de positie van homo's en lesbiennes en hun partners op vlak van asiel en immigratie in de lidstaten van de Raad van Europa (“on the situation of gays and lesbians and their partners in respect of asylum and immigration in the member states of the Council of Europe”), Doc. 8654, Report of the Committee on Migration, Refugees and Demography, rapporteur: Mw. Vermot-Mangold: “The rules concerning family reunion and social benefits usually do not apply to same-sex partnerships. Moreover, the Assembly is aware that the failure of most member states to provide residence rights to the foreign partner in a bi-national partnership is the source of considerable suffering to many lesbian and gay couples who find themselves split up and forced to live in separate countries. It considers that immigration rules applying to couples should not differentiate between homosexual and heterosexual partnerships. Consequently, proof of partnership other than a marriage certificate should be allowed as a condition of eligibility for residence rights in the case of homosexual couples”. In dat licht spoort de aanbeveling de Lidstaten ertoe aan “to review their policies in the field of social rights and protection of migrants in order to ensure that homosexual partnership and families are treated on the same basis as heterosexual partnerships and families” en “to take such measures as are necessary to ensure that bi-national lesbian and gay couples are accorded the same residence rights as bi-national heterosexual couples”. Vgl. met het nog klassieke gezinsconcept in punt 2 Aanbeveling R (99)23 Comité van Ministers Raad van Europa van 15 december 1999 aangaande gezinshereniging voor vluchtelingen en andere personen die internationale bescherming behoeven

<sup>31</sup> P.B.C. 68/88 van 19 maart 1990; Resolutie EP 8 februari 1999 over gelijke rechten voor homoseksuelen en lesbiennes in de EG, P.B.C. 61/40.

Ook art. 2 van het Dublin II-voorstel bevat een bepaling die uitwerking moet verlenen aan het Reed-beginsel<sup>32</sup>.

**34.** Het *Reed*-beginsel belet niet dat de Lidstaten een ongelijke behandeling inzake verblijf instellen tussen nationaliteitsgemengde homoseksuele en heteroseksuele koppels. Het nationale beleid is, zoals gezegd, vrij. Verleent een Lidstaat slechts nationaliteitsgemengde heteroseksuele koppels een recht op of een gebonden machtiging tot gezinshereniging, dan moet hij dat beleid slechts m.b.t. heteroseksuelen verruimen tot EU-onderdanen en hun partners. Zolang hij geen grensoverschrijdende regeling instelt voor homoseksuelen, kan het E.U.-recht ter zake geen verplichtingen opleggen.

In dat verband biedt de Aanbeveling van 26 september 2000 wél een bijkomende stimulans. De eerste Aanbeveling tot invoering van een geregistreerd partnerschap voor homoseksuelen dateert van 1994 en is sindsdien meermaals herhaald<sup>33</sup>. In toepassing van art. 13 Verdrag van Amsterdam<sup>34</sup> beschikt de Europese Raad voortaan over de expliciete bevoegdheid om met unanimititeit tegen discriminatie op grond van seksuele voorkeur op te treden, met alle middelen die hij daarvoor nuttig acht. Eerdere voorstellen tot gelijkberechting<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Art. 2(i) Comm., COM(2001) 510.

<sup>33</sup> Resolutie EU van 8 februari 1994 over gelijke rechten van homoseksuele mannen en vrouwen in de gemeenschap, *Pb. C.* 1994, 61/40; bevestigd in § 84 resolutie EP van 17 september 1996 over de eerbiediging van de mensenrechten in de Europese Unie, *Pb. C.* 1996, 320/36; Resolutie EP 8 april 1997 over de eerbiediging van de mensenrechten in de Europese Unie, *Pb. C.* 1997, 132/31; de ontstentenis van een juridische erkenning van gelijkslachtige koppels schendt het recht op vrij verkeer en het recht op gezinshereniging; Resolutie EP 8 februari 1999 over gelijke rechten voor homoseksuelen en lesbiennes in de EG, *PB C.* 61/40; Resolutie EP van 16 maart 2000 over de eerbiediging van de mensenrechten in de Europese Unie; Resolutie 5 juli 2001 over de toestand van de grondrechten in de Europese Unie, bevat naast de aanbeveling in overwegingen 79-83 om anti-discriminatiewetgeving aan te nemen, tevens in de overwegingen 84 en 85 een aanbeveling voor de Staten om over te gaan tot "wijziging van hun wetgeving met het oog op erkenning van niet-huwelijkse betrekkingen tussen personen van hetzelfde of verschillend verslacht en toewijzing aan die personen van gelijke rechten; plaatsing op de EU-agenda van het vraagstuk van de wederzijdse erkenning van wettelijk erkende niet-huwelijkse betrekkingen" en "beveelt aan dat de lidstaten wetgeving invoeren houdende een verbod op discriminatie van duurzaam samenwonende personen, en aan deze personen dezelfde gerechtelijke bescherming bieden als die welke geldt voor wettelijk gehuwde echtparen"; Punt I Aanbeveling 1474 (2000) Parlementaire Vergadering Raad van Europa 30 juni 2000 over de positie van homo's en lesbiennes in de lidstaten van de Raad van Europa; §§ 84 en 85 Resolutie EP 5 juli 2001 over de eerbiediging van de mensenrechten in de Europese Unie.

<sup>34</sup> Verdrag van 2 oktober 1997 houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Meer hierover: L. FLYNN, "The implications of art. 13 EC – after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?", *Common market Law review*, 1999, 1127-1152; Commissievoorstel van Richtlijn inzake gezinshereniging, 1 december 1999 (*cf. infra* – aangenomen in een volledig herziene versie); E. BRIBOSIA, "Chronique de jurisprudence. Droits des étrangers – droits fondamentaux de la personne (1997-1999)", *Rev. dr. étr.* 1999, 746.

<sup>35</sup> Zie in het verleden reeds: Voorstel Europees Parlement, doc. A3-133/90, 31 mei 1990, 25 p., A3-141/90, Syn 199, 29 p.; E.P. doc. A3-124/90, 28 mei 1999, 28 p.; Voorstel Commissie om Verord. 1612/68 uit te breiden met de bepaling dat rechten die aan partners van nationalen worden toegekend, ook moeten gelden voor partners van EU-vreemdelingen (in dezelfde zin:

kunnen hierdoor een nieuwe impuls krijgen.

De Raad van Europa heeft de Verdragsstaten er in 1997 reeds met Resolutie 1327<sup>36</sup> toe aangespoord om in een ruim familieconcept ook de buitenhuwelijkse partner in te sluiten<sup>37</sup>.

**35.** Verder dan voorstellen, aanbevelingen en resoluties reiken de Europeesrechtelijke ambities voorlopig evenwel globaal genomen niet.

Op één terrein is nochtans reeds een bescherming uitgewerkt die verder reikt dan het Reed-beginsel. Het betreft de Richtlijn inzake tijdelijke beschermingsstatuten. Art. 15 bepaalt dat de buitenhuwelijkse partner in een stabiele relatie moet worden toegelaten tot gezinshereniging als de vreemdelingenwet of – praktijk van de Lidstaat gehuwden en samenwonende op vergelijkbare wijze behandelt.

Indien we kunnen aannemen dat bijkomende voorwaarden er niet aan in de weg staan dat van een vergelijkbare behandeling wordt gesproken<sup>38</sup>, dan zijn meerdere Lidstaten inmiddels reeds gehouden tot gezinshereniging voor de buitenhuwelijkse partner van een persoon die een tijdelijk beschermingsstatuut geniet.

Deze bepaling heeft als voordeel dat niet wordt vereist dat de betreffende Lidstaat inmiddels een burgerrechtelijk statuut voor ongehuwde samenwoners heeft uitgewerkt. Het is denkbaar dat de buitenhuwelijkse samenwoning wél reeds een plaats krijgt in het verblijfsrecht, maar nog niet in het burgerlijk recht. Dat was tussen eind 1997 en 1999 bv. in België het geval. Voorts volstaat het dat het vreemdelingenbeleid in de praktijk aan de genoemde vereiste voldoet. Er dient niet noodzakelijk een wettelijke regeling voor samenwoners te bestaan.

De regeling roept evenwel de vraag op of niet nog verder kan worden gegaan: kan niet tevens worden gevergd dat een Staat die inmiddels een burgerrechtelijke regeling voor samenwoners heeft uitgewerkt (bv. Frankrijk met het PACS) en die hiermee het bestaan van gezinsleven erkent, tevens een verblijfsrechtelijke regeling aanneemt<sup>39</sup>?

We menen alvast dat het is aangewezen om de hangende voorstellen in dit

voorstel van gezinsherenigingsrichtlijn voor Unieburgers).

<sup>36</sup> Resolutie 1327 van 24 April 1997 'on the protection and reinforcement of the human rights of refugees and asylum-seekers in Europe' Doc. 7783, report of the Committee on Migration, Refugees and Demography, rapporteur: Mw Brasseur.

<sup>37</sup> Evenals de "elderly, infirm or otherwise dependent relations". De Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander beperkt zijn bepalingen ter zake tot een loutere beklemtoning van de *mogelijkheid* voor de Lidstaten om in dit verband een regeling te treffen.

<sup>38</sup> In het andere geval zou de Richtlijn dode letter zijn, aangezien elke Staat de waarborgen die het burgerlijk recht verbindt aan de huwelijkse staat wil doortrekken naar samenwoners door eenzelfde garantie in het verblijfsrecht af te dwingen via bijkomende voorwaarden (bv. een tenlasteneming).

<sup>39</sup> In die zin o.m. M. BELL, "We are family? Same-sex partners and EU migration law", *M.J.* 2002, 335-356.

verband te herformuleren in bovengenoemde zin, met een verwijzing naar het criterium van een vergelijkbaar verblijfsbeleid voor gehuwden en samenwonenden.

36. O.i. zijn de ogen voornamelijk gericht op de houding van het V.K. Eens naar Brits recht een statuut voor samenwoners is uitgewerkt, zal een vermelding van de buitenhuwelijkse samenwoning in art. 10 Verord. 1612/68 o.i. niet meer veraf zijn.

Ook zonder deze vermelding zal het Hof voor de Mensenrechten tegen dat ogenblik o.i. voldoende reden hebben om aan te nemen dat een Europese consensus in dit verband is bereikt.

Het is evenwel denkbaar dat op dat ogenblik discussie rijst over de vraag of de gelijke behandeling al dan niet moeten worden beperkt tot geregistreerde relaties<sup>40</sup>. Het is o.i. aangewezen dat een geharmoniseerde verdragsrechtelijke I.P.R.-regeling deze struikelblok tijdig wegruimt.

## **C. HET GELIJKHEIDSBEGINSEL EN DE VERBLIJFSREGELING VOOR SAMENWONERS**

37. Hierboven stonden we stil bij enkele moeilijkheden die in internationaal verband rijzen m.b.t. de erkenning van buitenlandse samenwonersstatuten in het familierecht en in het verblijfsrecht.

Daarnaast rijzen tevens vragen bij de interne regeling, los van de wijze waarop best wordt omgegaan met buitenlandse statuten. De omzendbrief van 1997 vaardigt een stelsel van gebonden verblijfsmachtigingen uit. De machtiging wordt verleend nadat is voldaan aan bepaalde vereisten en haar verlenging wordt verbonden aan een aaneenschakeling van samenwoningcontroles.

### **C.1. EEN GERECHTVAARDIGDE SAMENWOONSTCONTROLE**

38. Op aangeven van de Bureaus A en E van de Dienst Vreemdelingenzaken worden vier controles uitgevoerd. De eerste controle dient plaats te vinden tijdens de periode van zes maanden die volgt op het toekennen van de machtiging tot verblijf. De overige drie controles gebeuren één maal per jaar gedurende drie jaar. Bij omzendbrief van 6 juni 2001<sup>41</sup> is verduidelijkt dat aan deze controles nog een 'allereerste' controle voorafgaat, m.n. binnen de tien

---

<sup>40</sup> Een voorstel om elke feitelijke buitenhuwelijke tweerelatie te beschermen, vinden we terug bij o.m. H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, die tevens voorstelt om het begrip 'sociaal voordeel' op te nemen in alle richtlijnen.

<sup>41</sup> Omz. 6 juni 2001 tot verduidelijking van de toepassing van verschillende omzendbrieven betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, B.S. 4 juli 2001.

dagen na het indienen van de aanvraag<sup>42</sup>.

Bovendien moeten de partners, i.t.t. gehuwden, voor alle publieke handelingen op hetzelfde adres zijn ingeschreven.

**39.** Vervalt de samenwoning, dan vervalt het recht op verblijf<sup>43</sup>, tenzij dat op een andere grond kan worden gesteund of wordt geregulariseerd in toepassing van art. 9, derde lid Vreemdelingenwet. De omzendbrief verduidelijkt dat een regularisatie o.m. mogelijk is als de vreemdeling gemeenschappelijke kinderen met de vroegere partner heeft, een effectieve relatie met hen onderhoudt en inmiddels geïntegreerd is<sup>44</sup>.

**40.** Zolang de samenwoningstcontrole duurt, voorziet de omzendbrief in de verstrekking van opeenvolgende verblijfstitels voor bepaalde duur. De eerste titel wordt in beginsel afgeleverd zodra aan de grondvoorwaarden voor de gezinshereniging is voldaan<sup>45</sup>.

Na drieëneenhalf jaar verblijf kan de partner een verblijfstitel voor onbepaalde duur bekomen mits hij nog steeds samenwoont met de gezinshereniger.

**41.** De langdurige controle van buitenhuwelijks samenwonenden is o.i. gerechtvaardigd. Zoals we reeds aangaven, menen we dat de huidige regeling t.b.v. huwelijkspartners al té soepel is<sup>46</sup>. Bovendien neemt de omzendbrief genoegen met een louter administratiefrechtelijk partnerschap, zonder implicaties voor het familierecht.

## **C.2. GERECHTVAARDIGDE BINNENKOMSTVOORWAARDEN?**

## **BIJKOMENDE**

**42.** De vraag rijst evenwel of de voorwaarden van de omzendbrief van 1997 nog steeds accuraat, en vooral: billijk zijn, nu in een wettelijk statuut met vermogensrechtelijke verbintenissen voor de partners is voorzien<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Dezelfde regel geldt voor de vreemdeling die verzoekt om regularisatie van zijn verblijf, in toepassing van art. 9, derde lid Vreemdelingenwet.

<sup>43</sup> Het feit dat de beëindiging van de samenwoning volledig te wijten is aan de andere partner, doet niets ter zake: R.v.St. 23 juli 1998, nr. 75424, arrest-Ahakkam, *onuitg.*, <http://www.raadvst-conséat.be>.

<sup>44</sup> Omz. 30 september 1997 *in fine*.

<sup>45</sup> We hebben evenwel vernomen dat bepaalde gemeentebesturen in de praktijk de eerste verblijfstitel pas na een jaar samenwoning afgeven. De betrokken gemeentebesturen verklaren dat ze daartoe instructies ontvingen van het Ministerie van Binnenlandse Zaken.

<sup>46</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste).

<sup>47</sup> In dezelfde zin J. ERAUW en J. VERHELLEN, "Het conflictenrecht van de wettelijke samenwoning. Internationale aspecten van een niet-huwelijkse samenwoningsvorm", *E.J.* 1999, 158, met een pleidooi tot verzachting van de bewijslast van een 'duurzame relatie' en 'samenwoning'.

**43.** De interne familierechtelijke regeling inzake wettelijke samenwoning biedt, gezien de ontstentenis van I.P.R.-bepalingen en de beperking van haar personeel toepassingsgebied tot Belgen, geen rechtstreekse aanleiding om de verblijfsregeling te versoepelen.

Met de regeling inzake wettelijke samenwoning heeft de wetgever evenwel (niet eens zó impliciet) gezinsleven erkend tussen samenwoners, ongeacht hun seksuele voorkeur (*cf. supra*). Personen in een buitenlandse gejuridiseerde partnerrelatie die een minstens even beschermend statuut instelt als de Belgische wettelijke samenwoning en die wél openstaat voor nationaliteitsgemengde partnerrelaties, zouden in het licht van het gelijkheidsbeginsel o.i. eenvoudiger toegang moeten kunnen worden verleend tot gezinshereniging.

**44.** We stonden hierboven stil bij het geregistreerde partnerschap in de Noordse Staten, Nederland en Duitsland, dat openstaat voor vreemdelingen. We merkten eveneens op dat het Franse PACS assimileerbaar is aan de Belgische wettelijke samenwoning en dat in dat licht denkbaar is dat beide relatievormen wederzijds worden opengesteld voor elkaars onderdanen. We gaven aan dat alle genoemde partnerrelaties in België kunnen worden erkend.

**45.** Aangezien ze alle een gelijkwaardige financiële waarborg bieden m.b.t. kosten en schulden van de partners als de Belgische wettelijke samenwoning, menen we dat in het verblijfsrecht t.a.v. partners in één van de genoemde relatievormen een soepelere regeling inzake controle van bestaansmiddelen en tenlasteneming kan worden getroffen<sup>48</sup>.

Hiertoe is evenwel, zoals we hierboven reeds aangaven, vereist dat de partnerrelatie in België burgerrechtelijk geldig wordt bevonden. Enkel in dat geval kunnen de burgerrechtelijke plicht tot wederzijdse bijstand en de regeling inzake hoofdelijke aansprakelijkheid worden afgedwongen.

#### **C.2.A. TWEE VOORSTELLEN TOT VERSOEPELING VAN DE REGELING INZAKE GEZINSHERENIGING VOOR ALLE (OOK FEITELIJKE) SAMENWONERS**

**\* *Voorstel om de tenlasteneming vanaf de opstelling van de samenlevingsovereenkomst te beperken tot een tenlasteneming naar eigen vermogen***

**46.** We menen dat de huidige plicht tot tenlasteneming gedurende 3 ½ jaar en de

---

<sup>48</sup> Naar Nederlands recht wordt voor 2004 een gelijke behandeling van gehuwden en buitenhuwelijks samenwonenden in het vooruitzicht gesteld, dit evenwel in het nadeel van gehuwden. De nieuwe regeling zou t.a.v. gehuwden eenzelfde middeleneis instellen als vandaag geldt t.a.v. buitenhuwelijks samenwonenden: eenieder zal aan 100 % van de bijstandsnorm moeten voldoen. Vandaag biedt een huwelijk nog het voordeel dat niet elk van de partners voor het geheel aan de eis moet voldoen. Hierover: B. DE HART (2003), 117.

koppeling eraan van een onderzoek naar de bestaansmiddelen van de rechtgevend partner, best wordt verlaten<sup>49</sup>.

**47.** Zodra gezinsleven wordt aangenomen, kunnen o.i. beter geen andere financiële vereisten worden gesteld dan de vereiste dat alle gezinsleden onderling moreel én materieel solidair zijn. Verdergaande financiële belangen van de Ontvangststaat kunnen o.i. niet opwegen tegen het recht op bescherming van het gezinsleven of, ruimer, tegen de doelstelling om eenieder een vrije partnerkeuze te laten.

**48.** Daarom stellen we voor om de periode van tenlasteneming te beperken tot het ogenblik waarop de samenlevingsovereenkomst wordt opgesteld. Van dan af zou genoeg kunnen worden genomen met de deponering van een borgsom die tegemoet komt aan de kosten van een retourticket, mocht achteraf fraude aan het licht komen.

Bij de opstelling van de samenwoningsovereenkomst zou daarnaast aanvullend een wederzijds *contractueel* engagement van de partners kunnen worden geleverd naar analogie met de huwelijkse hulp- en bijstandplicht en de hoofdelijke aansprakelijkheidsregeling voor echtgenoten.

**49.** Met het oog op rechtszekerheid is het o.i. aangewezen om een eventueel frauduleus oogmerk gerechtelijk te laten vaststellen<sup>50</sup>. Via een strafbaarstelling van schijnrelaties<sup>51</sup> met burgerlijke partijstelling door de Belgische Staat zou de partner die ten grondslag heeft gelegen aan de gezinshereniging bij kwade trouw worden veroordeeld tot terugbetaling van de kosten van terugkeer van de vreemdeling die van de regeling gebruik heeft gemaakt<sup>52</sup>.

De genoemde gerechtelijke weg is vermoedelijk juridisch beter aanvaardbaar

---

<sup>49</sup> Zie evenwel "VLD-voorstellen met betrekking tot de aanpak van de gedwongen huwelijken en schijnhuwelijken", VLD-persmededeling 23 oktober 2002: "Het bestaande systeem van borgstelling gedurende drie jaar moet worden veralgemeend en een karakter van openbare orde krijgen. Vandaag kan men immers deze borgstelling buiten werking stellen bij een onderlinge overeenkomst tussen beide partners, inzonderheid bij een echtscheiding met onderlinge toestemming". Het voorstel beoogt ook voor gehuwden een vereiste van langdurige borgstelling in te voeren.

<sup>50</sup> Tot een schijnrelatie kan worden besloten door een zelfde samenloop van omstandigheden als in de strijd tegen schijnhuwelijken wordt aangenomen: beide partners verstaan elkaar niet, doen een beroep op een tolk of kunnen enkel op gebrekkige wijze met elkaar communiceren; de partners kennen elkaars naam of nationaliteit niet; de ene weet niet welk beroep de andere uitoefent; de verklaringen omtrent de omstandigheden van ontmoeting lopen duidelijk uiteen; een som geld werd beloofd bij het aangaan van de relatie; een van beide partners zit in de prostitutie; er treedt een tussenpersoon op; er is een groot leeftijdsverschil tussen beide partners.

<sup>51</sup> Zie de "VLD-voorstellen met betrekking tot de aanpak van de gedwongen huwelijken en schijnhuwelijken", VLD-persmededeling 23 oktober 2002, in die zin: "Er moet worden voorzien in een bestraffing met een geldboete en of een gevangenisstraf. Verder moet ook de nationaliteit kunnen worden afgenomen, cfr. het wetsvoorstel Coveliers/Hove/Cortois tot wijziging van het Wetboek van de Belgische nationaliteit (doc 50 1182/001)".

<sup>52</sup> Cf. *infra*, meer hierover.

dan de reeds voorgestelde oplossing om de borgsom in te houden bij fraude. Deze laatste weg is o.i. niettemin de enige mogelijkheid om de kosten te recupereren, ingeval slechts fraude in hoofde van de *overgekomen* partner kan worden bewezen. Het strafrecht werkt persoonlijk. De verblijfhouder kan niet worden veroordeeld tot betaling van een burgerlijke schadevergoeding, als hij persoonlijk geen strafrechtelijke inbreuk heeft begaan. Om die reden is een borgstelling o.i. onontbeerlijk en gerechtvaardigd, ook al worden bepaalde mindervermogende personen hierdoor (tijdelijk) niet in de mogelijkheid gesteld om hun partner te laten overkomen. Borgstelling door een derde zou te hunner behoefte overigens kunnen worden toegestaan.

50. Het is, zoals we met het voorstel suggereren, aangewezen om de verplichting van een tenlasteneming wél te handhaven voor de periode die de opstelling van de samenwoningsovereenkomst voorafgaat. Deze opvatting is ingegeven door de doelstelling om mensenhandel en schijnrelaties zoveel mogelijk te voorkomen. Het is van belang dat de vreemdeling, eenmaal hij het land is binnengekomen, wordt gevolgd. In dat licht is het aangewezen dat de persoon die zich voorstelt als zijn partner een financieel risico op zich neemt, dat in werking treedt zodra fraude in hoofde van één van de betrokkenen aan het licht komt. De Belgische Staat kan er geen genoegen mee nemen dat de verblijfhouder te goeder trouw is. In ruil voor de machtiging tot verblijf wordt de verblijfhouder de taak opgelegd om voldoende te waken over de goede trouw van zijn partner.

Omdat het recht op een vrije partnerkeuze evenwel centraal staat, menen we dat de waarborg, behoudens wat betreft de kosten van terugkeer bij fraude in hoofde van één van de partners, slechts kan worden bepaald op een bedrag dat in verhouding staat tot de middelen van de betrokkene.

51. Een herziening is aangewezen. In een concreet geschil heeft de Raad van State reeds geweigerd de huidige bepalingen van de omzendbrief voorrang te verlenen op het recht op bescherming van het gezinsleven<sup>53</sup>.

**\* *Naar een bevoegdheid voor de ambtenaar van de burgerlijke stand om de samenlevingsovereenkomst op te stellen***

52. De keuze in het kader van de Omzendbrief voor een notarieel samenlevingscontract is mogelijk geïnspireerd door de bezorgdheid om het onderscheid met een rechtshandeling die de staat van de persoon wijzigt, te accentueren<sup>54</sup>. We menen evenwel dat een procedurele versoepeling voorkeur geniet. Ook de wettelijke samenwoning wijzigt overigens de staat van de persoon

---

<sup>53</sup> R.v.St. nr. 75.994, 29 september 1998, *Rev. dr. étr.* 1998, 561.

<sup>54</sup> De principes die aan de grondslag liggen van een omzendbrief zijn niet steeds eenvoudig te achterhalen. Een toekenning van bevoegdheid in dit verband aan de ambtenaar van de burgerlijke stand zou overigens een tussenkomst van de wetgever genoodzaakt hebben.



niet en wordt niettemin door de ambtenaar van de burgerlijke stand geakteerd.

Zoals het attest van tenlasteneming in het licht van art. 3*bis* Vreemdelingenwet bij de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt neergelegd, zo ook moet het samenlevingscontract o.i. voor deze ambtenaar kunnen worden aangegaan. Op deze wijze kan de volledige afhandeling via het gemeentelijk loket gebeuren.

**53.** Bij de opstelling van de omzendbrief heeft ongetwijfeld de praktische overweging meegespeeld dat een ambtenaar van de burgerlijke stand slechts door wettelijke tussenkomst zijn bevoegdheid uitgebreid kan zien. Een omzetting van de omzendbrief in een wettelijke regeling kan hieraan verhelpen en kan de vreemdeling toelaten om zijn samenlevingsovereenkomst op goedkopere wijze aan te gaan.

#### **C.2.B. VOORSTEL TOT VERSOEPELING VAN DE GEZINSHERENIGING VOOR SAMENWONERS IN EEN FAMILIERECHTELIJKE PARTNERRELATIE**

**54.** Naast deze voorstellen tot algemene versoepeling van de regeling, menen we dat specifieke verzachtingen kunnen worden ingevoerd voor samenwoners in familierechtelijk verband. Deze partners zijn burgerrechtelijk reeds gehouden tot onderlinge hulp en bijstand, bijdrage in de lasten van het huishouden en hoofdelijke aansprakelijkheid voor schulden die in dat verband zijn aangegaan. We menen dan ook dat aanvullende waarborgen in dat verband niet langer nodig zijn.

**55.** Een soepelere verblijfsmachtiging zou kunnen worden overwogen bij PACS of wettelijke samenwoning tussen een Franse en een Belgische onderdaan, en *a fortiori* bij geregistreerd partnerschap. Deze laatste relatievorm kan immers, zoals gezegd, naar rechtsgevolgen haast worden geassimileerd aan een huwelijk, ware het niet dat voor dergelijke assimilatie een verlating van de huidige vereiste van een verschillend geslacht nodig zou zijn en dat daar vooralsnog geen bereidheid toe bestaat.

**56.** T.a.v. PACS'ers of wettelijke samenwoners rijst mogelijk het bezwaar dat de relatie op elk ogenblik eenzijdig kan worden ontbonden<sup>55</sup>. Behoudens in Nederland is dat niet het geval bij partnerschapsregistratie. De ontbinding van deze relatie is m.n. aan dezelfde vereisten onderworpen als een huwelijk.

In de meeste Noordse Staten kan evenwel ook een huwelijk gemakkelijk worden ontbonden. T.a.v. partnerschappen die daar zijn ontstaan, is het bezwaar o.i. dan ook niet valabel.

Ook in het kader van een PACS, wettelijke samenwoning of Nederlands

---

<sup>55</sup> We maken in deel 4 (polygamie), hoofdstuk 2, randnr. 22, de vergelijking met een eenzijdige verstoting.

partnerschap kan het bezwaar o.i. worden gerelativeerd: pas na 3 ½ jaar wordt een recht op verblijf voor onbepaalde duur verworven. Tot zolang moet de rechtgevende voor de partner instaan. Deze waarborg reikt verder dan ingeval van huwelijk en opvolgende echtscheiding. Immers, ook al is het bij echtscheiding<sup>56</sup> mogelijk dat onderhoudsgeld wordt uitgekeerd, zulks wordt niet steeds gevorderd en veronderstelt overigens dat de vreemdeling niet zelf schuld heeft aan de echtscheiding<sup>57</sup>. Een echtscheiding is steeds mogelijk na twee jaar huwelijk, in geval van schuldechtscheiding reeds vroeger.

57. Een zelfstandig recht op verblijf kan op zich laten wachten tot vijf jaar zijn verstreken, aangezien art. 14, laatste lid Vreemdelingenwet slechts in dat geval een veralgemeend<sup>58</sup> recht op vestiging verleent. Tot zolang blijft de voortzetting van het verblijf steunen op de grondslag voor het verblijf en zijn verlenging: de voorzetting van de relatie.

Deze regeling maakt geen onderscheid op grond van nationaliteit. M.b.t. buitenlandse geregistreerde partnerschappen stelt ze een groot verschil in behandeling in in vergelijking met gehuwden. We gaven evenwel reeds aan dat deze gestrengheid o.i. is aangewezen en best zou worden veralgemeend tot alle relatievormen, ook huwelijken. Een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit wordt overigens vooralsnog verenigbaar bevonden met art. 8 E.V.R.M. en met het E.U.-recht<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> In toepassing van de wet-Rolin wordt Belgisch echtscheidingsrecht toegepast op elke vreemdeling die in België uit de echt wil scheiden (en wiens personeel recht het beginsel van de huwelijksontbinding door echtscheiding kent). De hierna genoemde beperkte garanties van onderhoudsgeld, gelden dus evenzeer t.a.v. vreemdelingen die hun oorspronkelijke verblijfsrecht op het huwelijk hebben gesteund. Zij genieten, zoals gezegd, een zelfstandig verblijfsrecht zodra ze hun vestigingstitel hebben verworven, wat vaak reeds na zes maand verblijf mogelijk is (m.n. voor de echtgenoot van een Belg of EU-onderdaan).

<sup>57</sup> Mogelijk wordt van deze vereiste afgestapt bij de invoering van de schuldloze echtscheiding: Voorstel van Wet tot hervorming van het echtscheidingsrecht en de invoering van de foutloze echtscheiding, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 30 mei 2000, nr. 684/1. Bij wijziging van het echtscheidingsrecht zou weliswaar niet langer de schuld moeten worden bewezen, maar zou anderzijds de uitkering beperkt worden tot hoogstens de duur van het huwelijk. Gaat het koppel snel uiteen, dan zou aldus ook de ex-echtgenoot voortaan nog maar weinig of geen onderhoudsuitkering meer genieten.

<sup>58</sup> Zij het ook dan nog steeds onder voorbehoud van de openbare orde, gezondheid en veiligheid.

<sup>59</sup> Zie bv. ook Ger. E.G., 28 januari 1999, zaak-D. t. raad, T-264/97, *N.J.B.* 2001, 205: weigering om twee geregistreerde partners-ambtenaren gelijk te stellen met gehuwden. *Contra*: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "De Europese Commissie erkent het Nederlands huwelijk. Nederlands relatierecht en de Europese Unie", *N.J.B.* 2001, 2035, meent dat een geregistreerd partnerschap gelijke behandeling moet genieten als een huwelijk.

## D. DE REGELING NAAR FRANS, NEDERLANDS EN DUIJS RECHT

**58.** Naar Frans recht is voornamelijk niet voorzien in een recht op gezinshereniging. Wél bepaalt de regeling van het Pacte Civil de Solidarité dat de PACS in overweging wordt genomen bij het oordeel of de persoonlijke en familiale banden van de betrokkene van die aard zijn dat een weigering van verblijf een disproportionele inbreuk zou vormen op zijn recht op eerbied voor het privé- en familieleven<sup>60</sup>. Deze bepaling werkt evenwel niet zo ruim als op het eerste gezicht kan lijken, aangezien de PACS wordt gerekend tot de 'persoonlijke' banden (m.a.w. privéleven) en de omzendbrief die n.a.v. de loi Chevènement van 12 mei 1998 is uitgevaardigd het element 'privéleven' negeert t.a.v. vreemdelingen. Art. 12bis, 7° van de Franse verblijfwet stelt vaagweg: "À l'étranger, ne vivant pas en état de polygamie, qui n'entre pas dans les catégories précédentes ou dans celles qui ouvrent droit au regroupement familial dont les liens personnels et familiaux en France sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus".

**59.** De omzendbrief van 12 mei 1998 maakt een recht op verblijf voor homoseksuele partners nog onwaarschijnlijker, aangezien hij impliciet eenieder uitsluit die geen (heteroseksueel) familieleven kan bewijzen: "cette première vérification de l'existence d'une vie familiale en France à laquelle une décision de refus de séjour serait susceptible de porter atteinte vous permettra, à ce stade, d'opposer déjà un refus aux demandes émanant des personnes célibataires ou sans réelles attaches familiales"<sup>61</sup>. De kansen op een toewijzing van verblijf op grond van art. 12bis 7° Ord., op grond van het privéleven<sup>62</sup>, zijn gering.

**60.** Naar Nederlands en Duits recht worden buitenhuwelijkse partners inmiddels wél gelijk behandeld als huwelijkse partners.

**61.** Art. 3.14 Nederlands Vreemdelingenbesluit stelt een recht op gezinshereniging in voor enerzijds "de vreemdeling van achttien jaar of ouder die met de hoofdpersoon een in Nederland geregistreerd partnerschap is aangegaan", en anderzijds "de vreemdeling van achttien jaar of ouder, die met de hoofdpersoon een duurzame en exclusieve relatie onderhoudt, waarin de

<sup>60</sup> Art. 12 loi n° 99-944 relative au pacte civil de solidarité, met verwijzing naar art. 12bis ordonnance du 2 novembre 1945 aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, internet, *légifrance*: "La conclusion d'un pacte civil de solidarité constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens du 7° de l'article 12 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, pour l'obtention d'un titre de séjour".

<sup>61</sup> Onderlijnd door de minister zelf.

<sup>62</sup> In die zin: TA Rouen 28 november 1998 (beroepsleven), TA Lyon 2 november 1998 (verenigingsleven), TA Toulouse 27 augustus 1999 en TA Rouen 28 november 1998 (centrum van belangen in Frankrijk), *aangeh.* door D. LOCHAK, "Les subtilités du Conseil d'Etat", *Plein droit* 2001, 8-11; D. LOCHAK, "Les étrangers ont-ils une vie privée?", *Plein Droit* 2001, 18-21.

partners niet tot elkaar in een zodanig nauwe relatie staan dat die naar Nederlands recht een huwelijksbeletsel zou vormen, en ongehuwd zijn en geen in Nederland geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, tenzij het huwelijk door wettelijke beletselen, waarop geen invloed kan worden uitgeoefend, niet is ontbonden". Ook al heeft elk koppel waarvan minstens één partner gewoonlijk in Nederland verblijft de keuze tussen een (homo-)huwelijk en een geregistreerd partnerschap, het kan zich beperken tot een 'duurzame en exclusieve relatie'. Aan die laatste samenlevingsvorm worden geen specifieke voorwaarden gekoppeld. De regeling geldt sinds 1994 en maakt geen onderscheid op grond van de verblijfstitel van de rechtgevende, mits deze minstens houder is van een machtiging tot voorlopig verblijf.

**62.** Zoals elke andere gezinshereniger is de partner die zelf oorspronkelijk het land is binnengekomen op grond van gezinshereniging evenwel onderworpen aan een omgekeerde wachttermijn van drie jaar. Daarnaast geldt een gemeenrechtelijke bestaansmiddelenvereiste<sup>63</sup> en de plicht om te bewijzen dat de relatie duurzaam is<sup>64</sup>.

**63.** Naar Duits verblijfsrecht voorziet § 27 a AuslG. sinds de wet van 16 februari 2001 in een gelijkberechtiging van huwelijkse en buitenhuwelijkse partners: "Dem ausländischen Lebenspartner eines Ausländers kann eine Aufenthaltserlaubnis für die Herstellung und Wahrung der lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft mit dem Ausländer im Bundesgebiet erteilt und verlängert werden. Auf die Einreise und den Aufenthalt des Lebenspartners finden § 17 Abs. 2 bis 5, §§ 18, 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3 und 4, Abs. 2 bis 4, §§ 23, 25 und 27 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und Abs. 4 entsprechend Anwendung".

**64.** Beide Staten stellen bijkomende vereisten, maar treden daarbij niet strenger op dan bij een verzoek om gezinshereniging op grond van huwelijk.

## **E. DE ONTSTENTENIS VAN EEN STRIJD TEGEN SCHIJNPARTNERSCHAPPEN**

**65.** De wet houdende instelling van de wettelijke samenwoning wordt bij voorkeur niet alleen aangevuld met een I.P.R.-luik, maar ook met een bepaling tot nietigverklaring van schijnpartnerschappen, zoals in 1999 is ingesteld in art. 146bis B.W. ter bestrijding van schijnhuwelijken.

**66.** Nemen we aan dat in het buitenland een partnerschap kan worden aangegaan door een Belg of een wettige verblijfhouder en dat dat partnerschap

---

<sup>63</sup> art. 3.22 Vb.; o.m. R.v.St. 26 februari 1993, nr. 02.91.3561, *Gids Vreemdelingenrecht*, II, Kluwer, Deventer, losbl., Jur. D6-125; R.v.St. 30 juni 1993, nr. 02.91.1773, *I.c.*, Jur. D6-28.

<sup>64</sup> M.J.C. KOENS, "Het verblijfsrecht van buitenlandse familie- en gezinsleden in Nederland", *F.J.R.* 1994, 228.

in België rechtsgevolgen kan ressorteren, dan is het van belang om de oprechtheid van de relatie na te gaan, of in elk geval een onoprechtheid te sanctioneren.

De beperkte financiële gevolgen en de gemakkelijke ontbinding van een wettelijke samenwoning, en *a fortiori* van de louter administratieve samenwoning van bepaalde vreemdelingen, maken het immers – ondanks de minder voordelige verblijfsrechtelijke gevolgen – minstens even aantrekkelijk om een schijnpartnerschap aan te gaan als een schijnhuwelijk<sup>65</sup>.

**67.** De wetgever is vooralsnog ter zake niet opgetreden. Dit is praktisch beschouwd ook nog niet vereist, aangezien aan een samenwonersstatuut vooralsnog geen bevoorrechte verblijfsregeling wordt gekoppeld.

**68.** De Duitse wetgever heeft wél reeds voorzien in een expliciet verbod om een schijnpartnerschap aan te gaan. Hij heeft daarbij evenwel bepaald dat het partnerschap bij veinzing onbestaande is<sup>66</sup>. Aangezien er niet in een nietigverklaring is voorzien, kunnen er o.i. praktische problemen rijzen, bv. op vermogensrechtelijk vlak. Bij nietigverklaring kan de partner te goeder trouw het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend en kan een eventuele vermogensrechtelijke regeling aanleiding geven tot verdeling. Wordt aangenomen dat de relatie onbestaande is, dan wordt uitgegaan van een onverdeeldheid, zonder meer. Binnen het verblijfsrecht zijn geen specifieke maatregelen getroffen tegen een schijnpartnerschap. Vermoedelijk zal worden geoordeeld dat de rechtsgrond voor het verblijf is vervallen, en eigenlijk nooit heeft bestaan.

**69.** Ook is een strafbaarstelling en/of boetebeding aangewezen, om misbruik van de regeling te ontraden.

Deze kunnen, zoals gezegd, een borgstelling evenwel niet vervangen, om toe te laten dat de overheid de verwijderingskosten steeds zou kunnen verhalen op de 'rechtgevende' en niet alleen indien deze te kwader trouw toegang heeft verleend tot de gezinshereniging.

---

<sup>65</sup> Zie voor een kritiek op de niet-sanctionering van schijnpartnerschappen door de wet van 4 mei 1999: S. D'HONDT, "Art. 146bis", in *Comm. Pers.* (2000), randnr. 19.

<sup>66</sup> § 1 II nr. 4 LpartG. Een schijnhuwelijk is daarentegen vernietigbaar, op vordering van de partners of het O.M.: § 1314 II nr. 5, 1316 I nr. 1 B.G.B.

## BESLUIT DEEL 3 B

1. De regeling m.b.t. de buitenhuwelijkse tweerelatie staat nog in zijn kinderschoenen. Enerzijds wordt op internrechtelijk vlak gedacht aan de invoering van een homohuwelijk of aan een uitbreiding van de rechtsgevolgen van een partnerrelatie t.b.v. homoseksuelen, zolang zij geen toegang genieten tot het huwelijksinstituut. Anderzijds heerst vooralsnog in internationaal perspectief een wildgroei aan regelingen, wat een geharmoniseerd I.P.R.-beleid ernstig bemoeilijkt.

2. We hebben hierboven argumenten aangehaald voor een ruime erkenning van buitenlandse partnerrelaties en voor een versoepeling van de verblijfsregeling voor buitenhuwelijkse samenwoners. Ook al voeren noch het E.V.R.M., noch het E.U.-recht druk uit in die zin, de materiële werking van het gelijkheidsbeginsel zette ons ertoe aan om enkele voorstellen te formuleren.

3. Ons aanknopingsvoorstel zou o.i. ook voor de I.P.R.-benadering van buitenhuwelijkse tweerelaties die in België ontstaan in een mooi evenwicht tussen internationale beslissingsharmonie en *favor relationis* voorzien. I.p.v. een liberale domicilieaanknopning of een alternatieve aanknopning bij de *lex patriae* of de *lex domicilii*, zou worden aangeknoopt bij die wet waarmee de betrokkene de nauwste band heeft: de verblijfhouder in België zou de Belgische wet op zich toegepast zien, tenzij hij nog geen stabiele verblijfspositie in België heeft en expliciet heeft geopteerd voor een voorlopig behouden toepassing van zijn nationale wet.

4. Deze aanknopning biedt evenwel geen optimale oplossing voor de erkenning van relaties die in het buitenland zijn aangegaan door verblijfhouders. Zoals gezegd, is dit probleem verbonden met de grote verscheidenheid en nog beperkte verspreidheid aan samenwonersstatuten.

Een verdragsrechtelijke I.P.R.-regeling is o.i. aangewezen.

5. Ook al biedt ons aanknopingsvoorstel alvast een betere oplossing dan de huidige veralgemeende aanknopning bij de *lex patriae*, we menen dat de internationale beslissingsharmonie het best kan worden bevorderd met een toepassing van *renvoi* of beter nog een systematische verwijzing naar de *lex loci*. Deze aanknopning stelt weliswaar geen grenzen aan *legal shopping*. We menen evenwel dat een vreemdeling die in strijd met zijn personeel statuut een buitenhuwelijkse tweerelatie aangaat, beseft dat die relatie in de betrokken Staat niet zal worden erkend. Hij gaat bewust een hinkende rechtspositie aan. Uit die keuze blijkt o.i. zijn optie om de banden te verbreken met de rechtsorde waarbij tot op vandaag wordt aangeknoopt. De internationale beslissingsharmonie zal bijgevolg in de praktijk beter zijn gediend met een erkenning van de relatie,

aangezien vermoedelijk het aantal confrontaties met de rechtsorde van de Staat waar de relatie tot stand is gekomen, de bovenhand zal halen.

6. O.i. is de tijd rijp voor een erkenning van homoseksuele tweerelaties als gezinsleven. De invoering van een samenwonersstatuut in het V.K. zou hier vermoedelijk een belangrijke stimulans toe kunnen zijn. Minstens tot zolang genieten slechts heteroseksuele koppels bescherming in het licht van het verblijfsrecht. Naast een algemene toepassing van de *elsewhere approach* in het licht van art. 8 E.V.R.M. biedt vooral het E.U.-recht via het *Reed*beginsel verblijfsaanspraken.

Het E.V.R.M. vermag niets tegen een weigering van verblijf aan de homoseksuele partner van een verblijfhouder, ook al stelt de betreffende Staat een burgerrechtelijk of verblijfsstatuut in voor homoseksuele partners en voldoen de betrokkenen aan de toepassingvoorwaarden ervan. De erkenning van gezinsleven die uit de genoemde internrechtelijke regelingen voortvloeit is niet van invloed op het gezinsbegrip van art. 8 E.V.R.M.

7. De Belgische verblijfsregeling bij omzendbrief voor samenwoners getuigt in dat opzicht van bereidheid om aan te sluiten bij de maatschappelijke realiteit. Geen enkele internationale bepaling verplicht onze verblijfsinstanties om in een systematische regeling inzake gezinshereniging te voorzien.

Niettemin hebben we gemeend de huidige regeling aan een kritische toets te kunnen onderwerpen en enkele aanvullingen op de consequente bescherming van feitelijk gezinsleven te kunnen formuleren.

8. Een van onze voornaamste vaststellingen is dat internationaal overleg is aangewezen om tot een geharmoniseerde regeling inzake samenwonersstatuten te komen. Mochten in het verlengde daarvan verruimde aanspraken op verblijf ontstaan, m.n. mocht geoordeeld worden dat de verblijfsvoorwaarden meer in het verlengde kunnen liggen van die voor gezinshereniging op grond van huwelijk, dan is het aangewezen om, als andere kant van de medaille, de waakzaamheid voor schijnpartnerschappen te verhogen. De huidige zelfstandige<sup>1</sup> waarborgen in de Belgische verblijfsregeling maken dergelijke waakzaamheid voorlopig overbodig. We gaven evenwel aan dat de regeling in bepaalde situaties aan een versoepeling toe is, met name als sprake is van een burgerrechtelijk statuut. In dat geval is de oprechte beleving van dat statuut evenwel een absolute vereiste opdat het een versoepeld recht op gezinshereniging zou verlenen. Een gelijkaardige controle als t.a.v. huwelijken is in dat verband aangewezen.

---

<sup>1</sup> In die zin dat het recht op verblijf onafhankelijk is van het al dan niet bestaan van een burgerrechtelijk samenwonersstatuut.





Boekdeel I. Algemene inleiding en drie toegangspoorten tot het onderzoek

Boekdeel II. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

Boekdeel III. \* De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde (illustratie a.h.v. het verbod op polygamie)

\* Algemeen besluit

\* Bijlage

## **Boekdeel III**

# **Toepassingsgeval (polygamie) Algemeen besluit Bijlage**

### **Deel 4. De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde (illustratie a.h.v. het verbod op polygamie)**

Hoofdstuk 1. De toelating van polygamie in enkele buitenlandse rechtssystemen

Hoofdstuk 2. Belgische rechtspraak inzake polygamie: polygamie in het sociale zekerheidsrecht en de regeling inzake onrechtmatige daad

Hoofdstuk 3. Belgische rechtspraak inzake polygamie: polygamie in het familierecht

Hoofdstuk 4. Evaluatie en voorstellen

Hoofdstuk 5. Impact op het verblijfsrecht

Hoofdstuk 6. Impact op het nationaliteitsrecht

Hoofdstuk 7. Nabeschouwingen

### **Deel 5. Algemeen besluit**

Hoofdstuk 1. Besluit

Hoofdstuk 2. Negen richtlijnen voor het beleid

### **Bijlage**

Samenvatting

Overzichtstabellen

Bibliografie

Volledige inhoudstafel

Zaakregister Voorstel van I.P.R.-wetboek en Richtlijnen inzake gezinshereniging

Deel 1. Algemene inleiding

Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek

Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

Deel 4. De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde, voor de partnerverhouding en de verhouding volwassenen – kinderen. Een illustratie a.h.v. het verbod op polygamie

Deel 5. Algemeen besluit

## **Deel 4**

# **De doorwerking van de I.P.R.- huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde, voor de partnerverhouding en de verhouding volwassenen - kinderen.**

## **Een illustratie a.h.v. het verbod op polygamie**

Hoofdstuk 1. De toelating van polygamie in enkele buitenlandse rechtsstelsels

Hoofdstuk 2. Belgische rechtspraak inzake polygamie

Hoofdstuk 3. Evaluatie en voorstellen

Hoofdstuk 4. Impact op het verblijfsrecht

Hoofdstuk 5. Impact op het nationaliteitsrecht

Hoofdstuk 6. Nabeschouwingen

*"Any distinction between the first and the subsequent unions is arbitrary and calculated to lead to injustices and should therefore be avoided. This should be accepted as the point of departure in any country according some degree of recognition to de facto polygamous marriages"*<sup>1</sup>

*"Respect for family life comprises respect for a style of education which differs from that which is common in a given society, provided that the treatment involved is not to be considered criminal and punishable under the general standards prevailing in the contracting States"*<sup>2</sup>

## INLEIDING

1. We hebben ervoor geopteerd om de huwelijksvereiste naar Belgisch recht dat men niet reeds of nog steeds is gehuwd op het ogenblik waarop men nieuwe huwelijksplannen aangeeft, in een afzonderlijk deel te behandelen.

We doen dat om twee redenen.

Enerzijds wensen we minstens één buitenlands gezinsconcept in dit onderzoek in detail op rechtstakoverschrijdende wijze te benaderen, met aandacht voor meerdere aspecten van de wisselwerking tussen het familie-, verblijfs- en nationaliteitsrecht.

Anderzijds is een afzonderlijke bespreking aangewezen, omdat de wijze waarop wordt omgegaan met polygamie rechtstreekse gevolgen heeft voor de kinderen die eruit worden geboren, in een mate die zijn gelijke niet kent in de benadering van de overtreding van enig ander huwelijksbeletsel. De behandeling van een kind uit een polygaam gezinsverband wijkt af van het normale model. In beginsel kan de rechtspositie van het kind geen nadeel kan ondervinden van de nietigheid van het huwelijk waaruit het is geboren. Bij polygamie treden evenwel tot op vandaag meerdere vormen van ongelijke behandeling op tussen kinderen uit het eerste huwelijk en kinderen uit het tweede huwelijk.

2. Monogamie vormt de hoeksteen van ons huwelijksstelsel dat vorm geeft aan het exclusieve verbond tussen twee personen. In dat verband hebben zich in de loop der jaren twee duidelijke verschuivingen voorgedaan. Enerzijds erkent ons recht dat 'feitelijk<sup>3</sup> polygame<sup>4</sup>' situaties, die het gevolg zijn van overspel,

<sup>1</sup> L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1974, 168. Met de term *de facto* polygamie beoogt Palsson het onderscheid te maken met 'potential polygamy', het als polygaam bestempelen van een huwelijk omdat het personeel statuut van de partijen polygamie toestaat, terwijl hij nochtans (nog) niet van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt en (voorlopig) slechts met een enkele vrouw is gehuwd.

<sup>2</sup> P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer, 1998, 504. In dezelfde zin, nl. benadrukkend dat polygamie moet worden geplaatst in zijn volledige sociale context, alvorens erover te oordelen: M. M'SALHA, *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, doctoraat, 1999, 116; P. GRAULICH, noot onder Cass. fr. 1 maart 1973, *R.C.D.I.P.* 1975, 54.

<sup>3</sup> In de zin van gezinsverhoudingen die in de feiten meerdere kenmerken van polygamie vertonen, maar in rechte niet als polygaam huwelijk worden gekwalificeerd, aangezien hoogstens één van de verhoudingen kadert binnen een rechtsgeldig huwelijk. Zie voor deze terminologie o.m. A. HEYVAERT, "De Belgische polygamie in de jaren '90", *Journ. proc.* 1994, 18-19.

<sup>4</sup> Polygamie verwijst naar zowel polygynie (het gelijktijdig gehuwd zijn met meerdere vrouwen) als

bepaalde rechtsgevolgen kunnen hebben. Bijgevolg lijkt het ons niet gerechtvaardigd om *a priori* te stellen dat polygamie in al zijn facetten moet worden verworpen omwille van de openbare orde. Anderzijds opteren steeds meer Afrikaanse en Aziatische rechtsstelsels die oorspronkelijk polygamie toelieten, voor monogamie. Het lijkt erop dat de kloof terzake tussen noord en zuid ook (en zelfs voornamelijk) van zuidelijke kant uit langzaam aan gedicht wordt.

3. De vraag of het opportuun is om in België rekening te houden met polygame gezinsverhoudingen en/of bepaalde gevolgen ervan, zal mede in het licht van de genoemde verschuivingen worden beantwoord. Enerzijds wordt een afwijzing vanuit onze westerse opvattingen mogelijk ondersteund door argumenten die in de betrokken Staten zelf inmiddels worden aangehaald en/of toegepast om van polygamie af te stappen. Anderzijds moeten we het nut verbonden aan het erkennen van bepaalde gevolgen van polygamie, afwegen tegen de evoluties binnen ons eigen recht t.a.v. onder meer overspel of de doorwerking van een echtscheiding in o.m. het vermogensrecht<sup>5</sup> ondanks een nieuw huwelijk, evenals t.a.v. het criterium van het belang van het kind dat in toenemende mate doorweegt bij de beoordeling van de internrechtelijke gevolgen van de nietigverklaring van een huwelijk. Daarbij moet vanzelfsprekend centraal blijven staan dat polygamie zich van overspelig concubinaat onderscheidt door het rechtsgeldige ontstaan van de tweede, derde of vierde gelijktijdige partnerverhouding in het land van huwelijkssluiting. Een assimilatie aan 'successieve polygamie'<sup>6</sup>, om op die manier een rechtsbescherming aan het tweede huwelijk toe te kennen die equivalent is aan deze die naar Belgische recht reeds bestaat t.b.v. een huwelijksband die door echtscheiding is ontbonden, houdt een juridische fictie in. Hoogstens is een poging tot vergelijking op zijn plaats in het geval dat de betrokkenen het voordeel van putatief huwelijk<sup>7</sup>

---

polyandrie (het gelijktijdig gehuwd zijn met meerdere mannen). Alhoewel wat volgt evengoed kan worden toegepast op de hypothese van polyandrie, blijken in de praktijk slechts geschillen inzake polygynie te rijzen.

<sup>5</sup> Bedoeld wordt de belasting van het huwelijksvermogen van het tweede huwelijk door een onderhoudsplicht t.a.v. de ex-partner uit het ontbonden eerste huwelijk.

<sup>6</sup> In de termen van A. HEYVAERT, "De Belgische polygamie in de jaren '90", *Journ. proc.*, 1994, 18.

<sup>7</sup> Het voordeel van putatief huwelijk wordt gemakkelijk toegekend aangezien "la bonne foi prévue à l'art. 201 est toujours présumée": Cass. fr. 15 januari 1980, *Bull. Civ.* I, nr. 26. Er moeten dus werkelijk aanwijzingen zijn van kwade trouw alvorens de rechter het voordeel weigert. Bovendien wordt naar o.m. Frans recht rechtsdwaling of dwaling in de feiten door de vingers gezien (Cass. 14 december 1971, *R.T.D.Civ.* 1971,770, noot R. NERSON), ook als ze grof of niet onoverkomelijk was: R. NERSON, "Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droit de famille", *R.T.D.Civ. (fr.)* 1981, 151, verwijst naar Cass. fr. 15 januari 1975. In casu had een man afstand gedaan van zijn vordering in hoger beroep tot echtscheiding. De raadsheer van de vrouw meende evenwel dat de rechter in hoger beroep de echtscheiding had uitgesproken en liet een brief betekenen aan de man waarin daarvan melding werd gemaakt. De man profiteerde van dit misverstand en van de overschrijving van de nooit uitgesproken echtscheiding door de ambtenaar van de burgerlijke stand om een tweede vrouw te huwen. Dat huwelijk werd vernietigd, maar aan beide partners werd het voordeel van putatief huwelijk toegekend. Cass. 14 december 1971, *R.T.D.Civ.* 1971,770, noot NERSON: ook al wist de tweede vrouw dat haar echtgenoot reeds gehuwd was, dan nog moet bewezen worden dat ze op de hoogte was van de

genieten<sup>8</sup>.

Elke poging om binnen de Belgische interne rechtsorde *per analogiam* te redeneren, moet voorafgaandelijk worden gerelativeerd. Polygamie is niet gelijk te stellen aan x keer een enkelvoudig huwelijk. Het betreft een situatie *sui generis* die als dusdanig behandeld moet worden<sup>9</sup>.

4. De aandacht voor beide verschuivingen in de wijze waarop tegen polygamie wordt aangekeken, is ingegeven door de zorg om de problematiek te plaatsen binnen de *actuele* juridische en maatschappelijke context. Deze wordt gevormd, enerzijds door de buitenlandse wetgeving die terzake tot op vandaag in de regel toepasselijk is, anderzijds door de maatschappelijke context waarin die toepassing plaatsvindt.

5. In de hiernavolgende bespreking van de verhouding polygamie - I.P.R. (hoofdstukken 1 tot 3) illustreren we vooreerst de stand van zaken m.b.t. enkele regelgevingen en praktijken inzake polygamie (hoofdstuk 1). Daarna bespreken we a.h.v. gepubliceerde rechtspraak de wijze waarop het Belgische I.P.R. omgaat met polygame huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan (hoofdstuk 2)<sup>10</sup>.

Vervolgens trachten we via drie verschillende invalshoeken, die alle de problematiek willen plaatsen in de huidige Belgische context, het voorgaande te evalueren (hoofdstuk 3). De eerste invalshoek is, zoals we reeds aankondigden, die van de evoluties in het interne recht t.a.v. 'Belgische feitelijke polygamie', in de termen van A. HEYVAERT (A). De tweede invalshoek bestaat erin de problematiek te plaatsen in het licht van het gelijkheidsbeginsel (B). Bij de derde invalshoek staat de huidige Belgische migratiecontext centraal (C). In hoeverre, rekening houdend met de stabiliteit van de migratie van vreemdelingen, is het gerechtvaardigd al dan niet met bepaalde gevolgen van polygamie rekening te houden? Deze derde invalshoek zal tevens als richtlijn dienen om in het vierde

---

validatie van dat huwelijk, dat burgerlijk was gesloten tijdens de Spaanse burgeroorlog en later bij wet werd gevalideerd. Rechtsdwaling kan aanleiding geven tot een toekenning van putativiteit wegens goede trouw.

<sup>8</sup> Ook al verzet art. 12 E.V.R.M. zich niet expliciet tegen de sluiting van een polygaam huwelijk, een samenlezing van art. 14 j° art. 12 E.V.R.M. leidt tot een dergelijk verbod via het beginsel van de gelijkheid der sexen: X. PESENTI, "Les couples mixtes et étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme", in H. FULCHIRON (ed.), o.c., 153; P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF, o.c., 1998, 605; F. JAULT-SESEKE, *doct.*, 105.

De goede trouw van de genietster van het voordeel van putatief huwelijk, kan een tegengewicht bieden om te voorkomen dat elk huwelijksgevolg zou worden geweigerd n.a.v. de vastgestelde discriminatie: o.m. D.L., "Polygamie: ne pas se tromper de combat", *Plein droit* (fr.) 1997, nr. 36-37, 54.

<sup>9</sup> A. HEYVAERT, "De grenzen van de gezinsautonomie in de internationale openbare orde in België", *R.W.* 1981-82, 2231.

<sup>10</sup> Voor deze analyse konden we gebruik maken van een rechtspraakrepertorium dat is aangelegd in het kader van het F.W.O.-project "G.0217.97" (M.-C. FOBLETS, G. FRANSSSEN en D. NUYTS), waarvan neerslag in M.-C. FOBLETS, *Nieuwe culturen voor de rechter. Een analyse van de Belgische rechtspraak gepubliceerd na 1970*, Antwerpen, Maklu, te verschijnen.

hoofdstuk de wisselwerking met het verblijfsrecht en in het vijfde hoofdstuk die met het nationaliteitsrecht te evalueren.

# HOOFDSTUK 1. DE TOELATING VAN POLYGAMIE IN ENKELE BUITENLANDSE RECHTSSTELSELS

## A. BESPREKING VAN (EVOLUTIES BINNEN) WETGEVINGEN DIE POLYGAMIE TOESTAAN

### A.1. INLEIDING

1. Onderzoek wijst uit dat in de meeste Staten waarvan de wetgeving inzake personeel statuut zich tolerant toont (of oorspronkelijk toonde) tegenover polygamie, de praktijk ervan sinds meerdere jaren is herleid tot een marginaal fenomeen<sup>1</sup>.

Vertrekkend vanuit deze vaststelling en vanuit het belang om rechtspraak te toetsen aan de *praktijk* van polygamie in de Staten waar de Belgische conflictregel naar verwijst – zowel de praktijk op het ogenblik van de rechterlijke uitspraak (onze rechtspraakanalyse ter zake beslaat de periode 1960 - 2002), als de huidige praktijk (2003) – vinden we het nuttig om enkele van de betrokken rechtsstelsels nader te beschouwen.

2. Dergelijke inleiding heeft twee voordelen. Enerzijds zullen de vaststellingen n.a.v. de rechtspraakanalyse op een efficiëntere wijze kunnen worden geëvalueerd<sup>2</sup>. Een rechtsfiguur waar ons recht niet mee vertrouwd is en waar het – mede om die reden – weigerachtig tegenover staat, moet niet enkel worden geplaatst in de maatschappelijke context waarin hij wordt *ingeroepen*, i.e. de Belgische context<sup>3</sup>. Ook de maatschappelijke context waarin het personele

<sup>1</sup> J. DEPREZ, «Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé», in M.C. FOLETS (ed.), *Familles - Islam – Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 82; R. MITCHELL, "Family law in Algeria before and after the 1404/1984 Family Code", in R. GLEAVE (ed.), *Islamic law. Theory and practice*, I.B. Tauris, London/New York, 1997, 201 m.b.t. Algerije; F. MONEGER, "La polygamie en questions", *J.C.P. (fr.)* 1990, 3460; F. JAULT-SESEKE en P. LAGARDE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, reeks Bibliothèque de droit privé 265, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris, 1996, 101; S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, L.G.D.J., 1998, 196; F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, doct., Paris, LGDJ, 1996, 101.

<sup>2</sup> Deze verdienste moeten we evenwel helaas nuanceren vanuit het gegeven dat de gepubliceerde rechtspraak overwegend slechts betrekking heeft op polygame huwelijken van Marokkaanse en Algerijnse onderdanen.

<sup>3</sup> Door een toetsing aan de evolutie van het eigen interne familierecht trachten we te achterhalen of het conflict tussen beide rechtsordes zijn oorsprong vindt in morele argumenten, dan wel eerder een 'conflict de civilisations' is, dat *a priori* wordt gekenmerkt door een onverzoenbaarheid van percepties van recht en samenleving (J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)", *Recueil des cours de La Haye* 1988, IV, t. 211, 222; J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations", *Recueil des cours de La Haye* 1988, IV, 166, bestempelt het als even onrealistisch om *a priori* situaties als polygamie

statuut *normaal gezien zijn hoofdzakelijke rol* speelt, moet worden onderzocht, aangezien het buitenlandse recht moet worden toegepast zoals het op dat ogenblik geldt<sup>4</sup>.

Anderzijds zal een duidelijk zicht op de plaats<sup>5</sup> van een rechtsfiguur in zijn *oorspronkelijke* territoriale werkingssfeer een factor zijn om te bepalen in hoeverre het realistisch is om een erkenning van de gevolgen<sup>6</sup> van deze rechtsfiguur binnen *onze* rechtsorde af te wijzen of daarentegen te bepleiten. Een volledige afwijzing om principiële redenen moet worden afgewogen tegen het risico op een hinkende rechtspositie en op onherstelbare schade voor één van de betrokkenen. Dat laatste doet zich bv. voor wanneer de man, als reactie op de niet-erkenning van zijn polygame huwelijksband, besluit de eerste vrouw te verstoten. Ook al wordt die verstoting niet erkend, en ook al wordt verder in het onderhoud van de vrouw voorzien, feitelijk (sociaal) zal de verstoting onherroepelijk schade aanrichten aan de gezinsrelatie van de betrokkenen. Een rechterlijke weigering om de verstoting te erkennen is immers niet in staat om de relatie tussen de partijen te herstellen. Ook bij de beslissing om al dan niet bepaalde gevolgen van polygamie te erkennen, dient o.i. daarom het belang van de zwakke partij<sup>7</sup> te goeder trouw in acht te worden genomen. Deze overweging

---

te weigeren, als om zonder controle de deur wagenwijd open te zetten voor erkenning; P. GANAGE, "La coexistence de droits confessionnels et de droits laïcisés dans les relations privées internationales", *R.C.A.D.I.* 1979, III, t. 164, 347; P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Genève, Librairie Droz, 1970, 121 p.; F. RIGAUX, "Préface", in J. POUSSON-PETIT en F. RIGAUX (ed.), *Le démariage en droit comparé: étude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*, Brussel, Larcier, 1981, 16: het huwelijk wordt niet louter gemaakt tot de microcosmos van het gezin, maar moet worden geplaatst in de hele samenleving waarin het plaatsvindt. Zie evenwel de vaststelling dat vreemdelingen soms meer dan hun landgenoten in het land van herkomst vasthouden aan tradities: C. KUYU MWISSA, "L'étranger face au droit français de la famille: l'exemple des Congolais d'Ile-de-France", *Revue de droit africain*, 2001, 147, m.b.t. de "bureaugamie" (het hebben van een bijzit, 'tweede bureau'. Dit tweede bureau heeft weliswaar slechts een gewoonterechtelijke positie en is geen wettige echtgenote. Het gaat dus ook niet om een zuivere vorm van polygamie. De gemeenschap kent evenwel vaak slechts het bureau en negeert het bestaan van een wettige echtgenote. Het is bijgevolg denkbaar dat bedie vrouwen in de praktijk een even grote claim op het huwelijk hebben). Van de honderd ondervraagden gaven er 44 toe dat het gebruik in Frankrijk moeilijk te praktiseren is, maar dat ze er niettemin aan vasthouden. In dezelfde zin: D. ABDULRAHIM, "Defining gender in a second exile: Palestinian women in West Berlin", in G. BUIJS (ed.), *Migrant women. Crossing boundaries and Changing Identities*, Oxford, Berg, 1996, 74-75: terwijl in de Palestijnse vluchtelingenkampen polygamie nauwelijks voorkwam (te duur en reactionair), is het in Duitsland toegenomen.

<sup>4</sup> Cass. 9 oktober 1980, *Pas.* 1981, I, 159, *J.T.* 1981, 70, noot VANDER ELST; Cass. 23 februari 1984, *Pas.* 1984, 727, *J.T.* 1984, 498, noot VANDER ELST, *R.W.* 1984-85, 2387, noot DE FOER, *R.C.J.B.* 1982, 5, noten J. VAN COMPERNOLLE en F. RIGAUX; Cass. 3 december 1990, *J.L.M.B.* 1991, noot A. KOHL.

<sup>5</sup> Met een bijzondere aandacht voor mogelijke verschuivingen in de maatschappelijke en juridische beoordeling van de rechtsfiguur in zijn 'thuisland'.

<sup>6</sup> Niet de buitenlandse wet wordt afgewezen, wel het concrete resultaat van zijn toepassing: o.m. Cass. 2 april 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 869; Brussel 9 november 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 198; Luik 6 februari 1980, *De Verz.* 1982, 365; Brussel 16 maart 1961, *Pas.* 1962, II, 68.

<sup>7</sup> Zie ook o.m. B. BOURDELOIS (1993); D. COHEN, "La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *R.C.D.I.P.* 1989, 480: door in dit verband het



wordt dan ook een van de leidende beginselen in onze evaluatie (*cf. infra*).

3. O.i.v. de toenemende pogingen in steeds meer buitenlandse rechtsordes om polygamie af te schaffen of aan strengere voorwaarden te verbinden, gaan in onze en andere rechtsordes steeds meer stemmen op om aan een polygame gezinsrelatie niet langer rechtsgevolgen toe te kennen<sup>8</sup>. Wij menen evenwel dat het risico op een hinkende rechtspositie als gevolg van dergelijke weigerachtige houding vooralsnog te groot blijft en pleiten voor een voorzichtige houding ter zake. De autoriteit en representativiteit van de 'progressieve' stemmen is nog steeds niet zo groot dat deze in de betrokken rechtsstelsels daadwerkelijk

---

rechtvaardigheidsgevoel, de billijkheid en tolerantie te laten spelen, wordt de notie 'openbare orde' niet afgezwakt, maar integendeel verrijkt en verrijkt.

De zwakke partij hoeft niet steeds de vrouw te zijn. Bepaalde auteurs (*cf. infra*) stellen voor om polygamie te ontraden door polygame mannen met alle lasten van het dubbele huwelijk te confronteren. Aangezien inzake sociale zekerheid wordt geopteerd voor een minimale belasting van de schatkist, impliceert dat voor de polygame man onvermijdelijk een onvoorzien kostentotaal. Zo dreigt ook de man die te goeder trouw polygaam was gehuwd, het slachtoffer te worden van een financiële last die hij niet juist had kunnen inschatten gezien zijn (niet ingeloste) verwachtingen op het vlak van de sociale zekerheid. Het voorstel is o.i. daarom disproportioneel, te meer aangezien het doel uiteindelijk vaak niet wordt bereikt. De schatkist blijft immers ten langen leste aangesproken, zij het langs een andere weg: behoeftigen verzoeken om O.C.M.W.-steun.

<sup>8</sup> O.m. A. ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1971, 142 en 245; A. MEZGHANI, *Traité de droit international privé*, Tunis, 1991, nr. 873: 'ondersteuning' van verstoting leidt tot het behoud van verschillen en de vertraging van de integratie; E. RUDE-ANTOINE, "Le droit international privé et les migrations maghrébines. La question des qualifications appliquée à la formation du mariage", in E. RUDE-ANTOINE (ed.), *L'immigration face aux lois de la république*, Paris, Khartala, 1992, 118; J. DEPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé », in M.C. FOLETS, *Familles - Islam - Europe*, 96; S. RUTTEN, "Het polygamievraagstuk in een Westerse context", *NIPR* 2001, afl. 1, 48. Zie ook het voorstel voor een Europese Code voor Moslims dat beoogt polygamie nog slechts toe te laten in de gevallen die de koran zelf voor ogen had. De verruimde doctrinale interpretatie die mettertijd is ontstaan, zou m.a.w. worden verlaten: A. RIAD, "Pour un code européen de droit musulman", in J.-Y. CARLIER e.a. (eds), *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 379-382. A. RIAD, *l.c.*, 382, herinnert er bovendien aan dat het uiteindelijke doel van de Koran erin bestond om polygamie op termijn af te schaffen. Zie ook M. M'SALHA, "Le sacré et le profane dans le droit familial marocain: exemple de la polygamie et de la répudiation", *Rev. dr. afr.* 2000, 191; A. SHAHEEN SARDAR, "Women's Human Rights in Islam: towards a theoretical framework", in E. COTRAN en C. MALLAT (ed), *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, IV, 1997-1998, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 142-143: de discussie voor afschaffing kan steunen op de interpretatie die aan de Koran moet worden gegeven. Meerdere auteurs werpen op dat polygamie niet aanvaardbaar is en verwijzen naar vers 4:129: 'Ye are never able to be fair and just among women even if you tried hard' (verwijzing naar T. AL-HIBRI, "A study of islamic herstory", 216; RAHMAN, "Status of women in the Qur'an", 45-49; MERNISSI, *Beyond the veil: Women and Islam*, HASSAN, "An islamic perspective"). Andere auteurs (verwijzing naar ABDUR RAHMAN DOI) zien met deze bepaling slechts de onmogelijkheid van een gelijke behandeling op emotioneel vlak bevestigd, wat polygamie niet hoeft uit te sluiten. M. M'SALHA, *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, doctoraat, 1999, 22, beklemtoont dat de goddelijke wet door menselijke hand is neergeschreven. *Contra*: I. FADLALLAH, "Lien conjugal et rencontre de civilisations", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans*, Brussel, Bruylant, 1992, 348, 350-351 (een louter sociale plaatsing van de problematiek miskent het gegeven dat zich een conflict voordoet tussen individuen).

aanleiding geven tot afschaffing van polygamie in recht en praktijk<sup>9</sup>.

4. Ook de vaststelling dat de oorspronkelijke doelstellingen van polygamie intussen zo goed als volledig zijn weggevallen of minstens niet langer als prioritair worden beschouwd, belet niet dat de praktijk blijft bestaan.

De in sommige samenlevingen tot op vandaag gehandhaafde doelstelling bestond erin om zich van een nageslacht in de mannelijke lijn te verzekeren, rekening houdend met de lage levensverwachting en de hoge kindersterfte<sup>10</sup>. De verleiding tot buitenhuwelijkse geslachtelijke omgang kon er mogelijk door worden afgeremd<sup>11</sup>. Bovendien verzekerde de vermenigvuldiging van echtgenotes (en kinderen) de man van extra hulp in het huishouden en de landbouw<sup>12</sup>.

Waar de eerste doelstelling in de westerse samenleving zo goed als geen bestaansreden heeft, is de tweede, gezien de huwelijkse getrouwheidsplicht<sup>13</sup>, niet van die aard dat polygamie erdoor aanvaardbaar wordt.

5. Aangezien we ons niet kunnen terugvinden in één van de rechtvaardigingen die de permissieve rechtsordes zelf geven aan het (voort)bestaan van polygamie<sup>14</sup>, zal ook in deze materie voornamelijk het onderscheid stabiel - niet stabiel verblijf zijn nut bewijzen in de beoordeling van de gevolgen in België van

<sup>9</sup> Zie bv. het lot van de Beleidsverklaring van de Marokkaanse regering, *Plan d'action national pour l'intégration des femmes au développement. Les principales propositions*, januari 2000, <http://www.maghreb-ddh.sgdg.org/actualité/femmes.html>, 4. Hierover ook: L. BUSKENS (1999), 534-535: in Marokko zelf is een levendige discussie over de Mud. aan de gang. Het I.P.R. moet daar oog voor hebben: het is geen slapende rechtsorde. Behoudt de Mud. evenwel bepalingen, dan gebeurt dat uit overtuiging: "het familierecht is in Marokko een uiterst gevoelig onderwerp dat als symbool voor de inrichting van de gehele samenleving en voor trouw aan de islam geldt".

<sup>10</sup> O.m. D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, "Persons and family (Vol IV), chapter 3: Formation of marriage" *I.E.C.L.* 1997, 29.

<sup>11</sup> Deze doelstelling overheerst binnen de islam: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *l.c.*, 30.

<sup>12</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *l.c.*, 31.

<sup>13</sup> Zie evenwel Cass. fr. 20 oktober 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 540, noot Y. LEQUETTE, *J.D.I.* 1988, 446, noot A. HUET: de territoriale werking van art. 212 C.C. betreft niet de getrouwheidsplicht, aangezien die duidelijk is opgesteld voor een monogaam huwelijk en geen toepassing kan vinden op een polygaam huwelijk. Andere auteurs menen dat de bepaling slechts tot getrouwheid m.b.t. derden t.a.v. de (eventueel polygame) gezinsrelatie verplicht (hierover o.m. G.K. GERE, "La polygamie et le devoir de fidélité en droit positif camerounais", *Penant* 1996, 129-136); Paris 5 april 1990, *D.* 1990, 424, noot D. BOULANGER: herziening van de echtscheiding op grond van fout, toegestaan aan de Marokkaanse echtgenote van een polygame man, op grond van zijn overtreding van de huwelijkse plichten.

<sup>14</sup> Heel streng in dit verband zijn E. ANDREZ en A. SPIRE, "Droits des étrangers et statut personnel", *Plein droit* 2001, 6, die stellen dat polygamie moet worden bestreden als praktijk die ingaat tegen de waardigheid van de vrouw en de gelijke behandeling ongeacht het geslacht. I.p.v. deze vrouwen te beschermen, straft de wetgever hen door hun verblijfsomstandigheden te verzwakken (intrekking of niet-vernieuwing van de verblijfstitel; zie ook in het nationaliteitsrecht van bepaalde Staten: polygamie als reden om de nationaliteitsverwerving te beletten) en hen zo nog afhankelijker te maken van de man. Door hen het verblijf te weigeren, kunnen de vrouwen vaak de familierechtelijke gevolgen die hen (normaalgezien kunnen) worden toegestaan, niet afdwingen.

polygame gezinsverbanden. Het diepgaande onderzoek over polygamie dat door BOURDELOIS<sup>15</sup> is verricht, lijkt ons in deze aanpak te steunen. Onze doelstelling om aan te knopen bij de rechtsorde waarmee de betrokkenen de nauwste band hebben, sluit nauw aan bij het door BOURDELOIS geopperde voorstel om de rechtssituatie territoriaal te lokaliseren en vervolgens de wet van de plaats van lokalisatie toe te passen. De nuanceverschillen tussen beide voorstellen lichten we in de loop van het onderzoek toe.

Aangaande vreemdelingen met stabiel verblijf in België zullen we voorstellen niet langer te aanvaarden dat er een gerechtvaardigde grond is om in onze samenleving een polygame gezinssituatie te laten gelden. Het ogenblik waarop het verblijf stabiel wordt, moet volgens ons bepalend zijn voor het voorgestelde onderscheid in behandeling. Ingeval de vreemdeling reeds deel heeft uitgemaakt van een polygame gezinsverhouding alvorens het verblijf stabiel werd, keren we voor het oordeel over de polygamie terug tot op het ogenblik waarop deze ontstond, m.a.w. het ogenblik waarop de vreemdeling nog geen stabiele verblijfspositie had.

T.a.v. vreemdelingen zonder stabiele verblijfspositie kan meer gewicht worden toegekend aan de polygame gezinssituatie, op voorwaarde dat het toepasselijke buitenlandse recht minstens rekening houdt met enkele fundamentele rechtswaarden.

Met dat opzet gaan we na welke juridische en politieke houding de buitenlandse rechtsordes waarnaar ons I.P.R. verwijst, aannemen t.a.v. polygamie<sup>16</sup>. In een latere fase toetsen we in hoeverre de houding van onze BIPOO t.a.v. dat buitenlandse recht (hoofdstuk 2) is gerechtvaardigd in het licht van internrechtelijke evoluties in vergelijkbare situaties (hoofdstuk 3).

<sup>15</sup> B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly, 1993, 398 p.

<sup>16</sup> In dezelfde zin wordt vandaag reeds bij de beoordeling van verstotingen rekening gehouden met de omgang ermee in het land van oorsprong: zie bv. Vred. Sint-Gillis 15 oktober 1987, *J.J.P.* 1989, 114, waarbij de rechter de strijdigheid van de verstoting met de openbare orde, wegens schending van het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw, o.m. motiveerde als volgt: "attendu que la répudiation marocaine apparaît plus nettement au regard du statut personnel tunisien qui lui admet aussi la répudiation à l'initiative de l'épouse et qui, de plus, sanctionne tout abus dans l'exercice de cette faculté".

## A.2. PERSONELE WETTEN DIE POLYGAMIE VERBIEDEN

6. Meerdere Aziatische en Afrikaanse Staten wier familierechtsstelsel voorheen polygame huwelijken toeliet, hebben in de afgelopen vijftig jaar de polygamie verboden. Het betreft o.m. Indië<sup>17</sup>, Liberia<sup>18</sup>, de Kaapverdische eilanden<sup>19</sup>, Turkije<sup>20</sup>, Irak<sup>21</sup>, Guinea<sup>22</sup>, Tunesië<sup>23</sup>, Ivoorkust<sup>24</sup>, Ethiopië<sup>25</sup>, Botswana<sup>26</sup> en

<sup>17</sup> Polygamie is er verboden sinds de Hindu Marriage Act van 1955 (sectie 5, 1): P. DIWAN, "The Hindu Marriage Act, 1955", *I.C.L.Q.* 1957, 263-264. In twee streken evenwel geldt de Act niet en blijft polygamie wettelijk: D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *I.c.*, 32 en L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1974, 150. Daarnaast kan door een arbitration council nog steeds polygamie worden toegestaan in uitzonderlijke omstandigheden: *cf. infra*.

<sup>18</sup> M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos de la polygamie", *Ann. dr. louv.* 1983, 238-241.

<sup>19</sup> P. KLISSOU, *La polygamie au Bénin. Une approche régionale des tendances et des déterminants*, doct., Louvain-La-Neuve, UCL, Institut de Démographie/Académia-Bruylant/L'harmattan, 1995, 24, stelt dat de materie niet geregeld hoefde te worden aangezien de praktijk van polygamie er niet voorkomt.

<sup>20</sup> Art. 93 en 112 Turks B.W. Hierover o.m. 's Gravenhage 28 november 1979, *N.J.* 1980, 359; R.v.St. Ndl. 10 maart 1980, GV D13-50 en R.v.St. Ndl. 29 juni 1981, GV D13-72, aangeh. in S. RUTTEN, *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, o.c., 36.

<sup>21</sup> Art. 3, zesde lid Wet nr. 188 van 1959, *Jaarboek Mensenrechten* 1959, 149: evenwel niet nietig, wel strafbaar. Hierover ook: M. M'SALHA (doct.), 59.

<sup>22</sup> Wet van 5 februari 1968: F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, tome 1: Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1992, 172. De afschaffing dateert van zes jaar na de invoering van de familiecode, op 14 april 1962, waardoor reeds rijkdom als voorwaarde tot het aangaan van een polygaam huwelijk werd vooropgesteld: P. KLISSOU, *La polygamie au Bénin. Une approche régionale des tendances et des déterminants*, Louvain-La-Neuve, UCL, Institut de Démographie/Académia-Bruylant/L'harmattan, 1995, 24. *Cf. infra* evenwel: versoepeling door de wet van 11 september 1972: afwijking van het verbod ingeval van overmacht, i.e. gezondheidsproblemen van de eerste vrouw: F. LAROCHE-GISSEROT, "L'échec du mariage occidental en Afrique francophone: l'exemple de la Côte d'Ivoire", *R.D.I.C.* 1999, 76.

<sup>23</sup> Art. 18 Décret portant promulgation du code du statut personnel, 13 augustus 1956, *J.O.* 28 december 1956, *Jaarboek Mensenrechten* 1956, 235, verbiedt de polygamie en stelt de handeling strafbaar met een jaar gevangenisstraf en/of een geldboete van 250 dinar; zie eveneens: Rb. Brussel 15 januari 1986, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 22; A.BEL HAJ HAMOUDA, "A la recherche d'une autre famille: la famille nourricière. Cas du droit tunésien", in J. POUSSON-PETIT (ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, 405; J.N.D. ANDERSON, "The Tunesian Law of personal status", *I.C.L.Q.* 1958, 267-269; S. BEN HALIMA, "Religion et statut personnel en Tunisie", *Rev. tun. dr.* 2000, 118-120: polygamie schendt de waardigheid van de vrouw en schept familiale problemen (jaloerie). Een geconsumeerd nietig huwelijk heeft in toepassing van art. 22 Tunesisch B.W. evenwel rechtsgevolgen, meer bepaald het recht van de vrouw op betaling van de volledige bruidsgift, vaststelling van de afstamming van het kind dat uit de verbintenis is geboren, de ingang van een wachttijd voor de vrouw om te herhuwen en huwelijksbeletselen tengevolge van het eerste huwelijk. Goede trouw is ter zake irrelevant: Brussel 14 oktober 1987, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 24; Brussel 27 juni 1988, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 25 en Rb. Brussel 15 januari 1986, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 22.

<sup>24</sup> Wet van 7 oktober 1964: F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, tome 1: Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1992, 172. Polygamie en het houden van een concubine ("deuxième bureau") zou er in de praktijk evenwel nog voorkomen: P. KLISSOU, *La polygamie au Bénin. Une approche régionale des tendances et des déterminants*, Louvain-La-Neuve, UCL, Institut de Démographie/Académia-Bruylant/L'harmattan, 1995, 23; F. LAROCHE-GISSEROT, "L'échec du mariage occidental en Afrique francophone: l'exemple de la Côte d'Ivoire", *R.D.I.C.* 1999, 77.

<sup>25</sup> Art. 585 Burgerlijk Wetboek van 5 mei 1960: BERGMANN en FERID, "Athiopien", o.c., 10.

<sup>26</sup> A. MOLOKOMME, "Disseminating faily reforms: some lessons from Botswana", 303-329: velen

Madagascar<sup>27</sup>.

7. Dit verbod op polygamie is hoofdzakelijk bepleit door vrouwenrechtenbewegingen en werd in vele gevallen minstens impliciet gesteund op het gelijkheidsbeginsel<sup>28</sup>. In de praktijk evenwel blijkt dat het verbod niet steeds even absoluut wordt toegepast (*cf. infra*).

### A.3. PERSONELE WETTEN DIE BEPERKINGEN STELLEN AAN POLYGAME GEZINSVORMING

8. De meeste andere Staten die polygamie toelaten, hebben – vaak met het oog op een geleidelijke afschaffing<sup>29</sup> – de praktijk ervan na verloop van tijd aan voorwaarden gekoppeld<sup>30</sup>, zoals een vereiste van voorafgaande toestemming van de rechter<sup>31</sup>, een vereiste van voorafgaande controle of de man zich het huwelijk met meerdere vrouwen financieel kan veroorloven, een vereiste van wettig belang bij het tweede en daaropvolgende huwelijk<sup>32</sup>, een restrictie tot de hypothese van steriliteit van de eerste echtgenote - en dat laatste dan nog mits rechterlijke toelating<sup>33</sup> - of tot de hypothese van behoefte van de tweede vrouw<sup>34</sup>. Meerdere Staten voorzien in de mogelijkheid om een monogamie-

---

zijn niet op de hoogte van het verbod naar statutair recht om polygaam te huwen en blijven het doen.

<sup>27</sup> J. PAUWELS, "Burundi, Zaïre, Rwanda: à la recherche d'un nouveau droit de la famille", *onuitg.*, 12.

<sup>28</sup> Zie daarnaast ook de stelling dat polygamie afneemt wegens het uiteenspatten van de patriarchale familie, de transformatie van de sociale structuren: S. MERNISSI, "Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (eds), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 129.

<sup>29</sup> M. M'SALHA (doct.), 59, m.b.t. de Marokkaanse Mudawwana.

<sup>30</sup> M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos de la polygamie", *Ann. dr. louv.* 1983, 238-241; M.A. HALEEM, "Human Rights in Islam and the United Nations Instruments", in E. COTRAN en A.O. SHERIF (ed.), *Democracy, the Rule of Law and Islam*, Londen/Den Haag/Boston, Kluwer Law International, 1999, 448-449.

<sup>31</sup> *Cf. infra*, randnrs 17-19.

<sup>32</sup> O.m. art. 17 Syrische personele wet van 1953, gewijzigd door wet nr. 34 van 31 december 1975, in A. BERGMANN en M. FERID, *Internationales Ehes- und Kindschaftsrecht*, Frankfurt, Verlag für Standesamtswesen, losbladig, deel Syrië, 11; art. 21 Jordaanse Familiecode (in A. BERGMANN en M. FERID, o.c., deel Jordanië, 12); art. 3, vierde lid Iraakse wet betreffende het personeel statuut van 30 december 1959, zoals gewijzigd bij wet van 8 april 1978, gepubl. 19 april 1978 (in A. BERGMANN en M. FERID, o.c., deel Irak, 10). In Irak wordt evenwel een uitzondering gemaakt op deze voorwaarden indien de nieuwe huwelijkskandidate weduwe of een uit de echt gescheiden vrouw is: verwijzing in S.A.A. ABU-SAHLIEH, "Le droit de famille dans le monde arabe. Constantes et défis", in M.C. FOBLETS (ed.), *Familles - Islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 168.

<sup>33</sup> O.m. art. 13 Zuid-Jemenitische wet nr. 127/1976 (voorziet bovendien steeds in een compensatiebedrag voor de eerste echtgenote), weergeg. in A. BERGMANN en M. FERID, o.c., deel Jemen, 9. Het Guineese principiële verbod van polygamie is versoepeld bij wet van 11 september 1972, waardoor polygamie wordt toegestaan in geval van overmacht, mits deze wordt bevestigd door de bevoegde medische autoriteiten.

<sup>34</sup> Bv. in Libië omdat ze een weeskind is: D. BEKE, "De evolutie van het burgerlijk recht in de landen van Noord-Afrika. Een verloren strijd voor modernisten?", in M.C. FOBLETS (ed.), *Migranten en (ge)recht: vragen over cultuurwaarden in het recht*, reeks Cultuur en migratie,

clausule op te nemen in het huwelijkscontract<sup>35</sup>. De vereiste van een gelijke behandeling van de meerdere vrouwen krijgt steeds meer belang<sup>36</sup>.

9. Hogergenoemde trend heeft niet kunnen beletten dat bepaalde Staten recentelijk nog, zoals bv Gabon in 1972<sup>37</sup> en Burkina-Faso in 1989<sup>38</sup>, de polygamie hebben gelegaliseerd. Beide rechtsordes eisen evenwel van de huwelijkspartners – ook van de man – van bij het aangaan van het eerste huwelijk duidelijkheid over de optie voor een monogaam, dan wel polygaam statuut. De ambtenaar van de burgerlijke stand vermeldt de keuze in de huwelijksakte. Ook bij een tweede huwelijksluiting moet deze optie gebeuren. Huwen twee personen onder monogaam statuut en blijkt achteraf dat de man reeds eerder met een andere vrouw is gehuwd, dan kan het tweede huwelijk naar Burkinees recht op vordering van de tweede echtgenote worden

---

Brussel, Cultuur en migratie, 1990, 70-71.

<sup>35</sup> De Franse kolonisator heeft voor het eerst in deze mogelijkheid voorzien bij art. 5 Decreet van 14 september 1956 (decreet-Jacquinet), dat stelde dat elke mannelijke onderdaan die zijn personeel statuut had behouden (en dus niet voor de Franse nationaliteit had geopteerd) bij de huwelijksluiting de ambtenaar van de burgerlijke stand kon verzoeken om op de huwelijksakte de verklaring in te schrijven dat hij geen andere vrouw zou huwen, dan na rechtsgeldige ontbinding van het huwelijk dat bij die akte werd aangegaan: P. KLISSOU, *La polygamie au Bénin. Une approche régionale des tendances et des déterminants*, Louvain-La-Neuve, UCL, Institut de Démographie/Académia-Bruylant/L'harmattan, 1995, 23. O.m. Jordanië (art. 19 C.C.), Syrië (op impliciete wijze: art. 14-3 personele wet van 1953, gewijzigd door wet nr. 34 van 31 december 1975, in A. BERGMANN en M. FERID, *Internationales Ehes- und Kindschaftsrecht*, Frankfurt, Verlag für Standesamtswesen, losbladig, deel Syrië, 11), Marokko: S.A.A. ABUSAHLEH, "Le droit de famille dans le monde arabe. Constantes et défis", in M.C. FOLETS (ed.), *Familles - Islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 168; M.C. FOLETS, "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie), *Rev. dr. étr.* 130-132. Zie ook o.m. de wetgevingen van Libanon (art. 38, weergeg. in A. BERGMANN en M. FERID, o.c., deel Libanon, 17; Senegal (art. 133 en 134 C.C. van 1973), Mali (art. 7 en 43 Code: weergeg. in A. BERGMANN en M. FERID, o.c., deel Mali, 16); India (Special Marriage Act 1954, gewijzigd in 1976; zie o.m. D. PEARL en W. MENSKI, *Muslim family law*, London, Sweet & Maxwell, 1998, 247). Zie hierover meer bij M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos de la polygamie", *Ann. dr. louv.* 1983, 238-241.

<sup>36</sup> O.m. art. 29, 30 en 31 Mud.; de Indische regelgeving: D. PEARL en W. MENSKI, *Muslim family law*, London, Sweet & Maxwell, 1998, 248; de Pakistaanse regelgeving: D. PEARL en W. MENSKI, o.c., 256 en 267, vermeldt garanties, o.m. in de vorm van een vereiste voorafgaandelijke toestemming van een arbitration council, maar blijkt in de praktijk geen bescherming te bieden.

<sup>37</sup> Art. 220 wet 29 juli 1972 (B. BOURDELOIS, o.c., 65). F. LAROCHE-GISSEROT, "L'échec du mariage occidental en Afrique francophone: l'exemple de la Côte d'Ivoire", *R.D.I.C.* 1999, 77, stelt evenwel dat de officiële documenten die bij dergelijke optie voor monogamie moeten worden overhandigd, nog steeds niet voorhanden zijn.

<sup>38</sup> Wel kan de eerste echtgenote zich verzetten tegen het tweede huwelijk van haar echtgenoot als ze bewijst dat zij en haar kinderen door hem verlaten zijn: art. 272 al. 1 Familiecode Burkina Faso van 31 oktober 1989 (in A. BERGMANN en M. FERID, o.c., deel Burkina Faso, 29). 49% van de mannen is er tegenwoordig polygaam: P. KLISSOU, *La polygamie au Bénin. Une approche régionale des tendances et des déterminants*, Louvain –La-Neuve, UCL, Institut de Démographie/Académia-Bruylant/L'harmattan, 1995, 240 (algemeen besluit). Over de praktijk vóór 1989: H. NUYTINCK, *Le droit matrimonial au Burkina Faso. Légiférer dans la tourmente*, licentiaatsverhandeling familiale en seksuologische wetenschappen, K.U. Leuven, 1988, 38-41 en 54-57.

nietigverklaard op grond van de dwaling in de persoon<sup>39</sup>.

10. Ook naar Tanzaniaans, Togolees<sup>40</sup>, Malinees en Keniaans<sup>41</sup> recht moet elk koppel bij de eerste huwelijksluiting de keuze maken voor monogamie of polygamie. Een latere omzetting wordt evenwel niet uitgesloten. Dat geldt o.m. in Tanzania en Mali<sup>42</sup>. In Kenia kunnen de partners slechts op een keuze voor polygamie terugkomen, niet omgekeerd<sup>43</sup>.

Niet-naleving van de optie impliceert nietigheid van het tweede huwelijk. In tegenstelling tot de Noord-Afrikaanse Staten, waar de clausule officieel geen waarde-oordeel inhoudt aangezien over de islam niet negatief geoordeeld mag worden<sup>44</sup>, wordt de optieverplichting in Zwart-Afrika door meerdere waarnemers beschouwd als een stap op weg naar een definitieve afschaffing van de polygamie<sup>45</sup>. In bepaalde Staten gaat de rechter bovendien uit eigen beweging over tot een limitering van polygamie<sup>46</sup>. Anderen stellen evenwel dat de wettelijke

<sup>39</sup> Hof Ouagadougou 7 januari 2000, *Revue burkinabé de droit* 2000, 269.

<sup>40</sup> B. CONNEN, "Un code de la famille au Togo", *Penant* 1981, nr. 2, 5-22: ordonn. 31 januari 1980: vergeet de ambtenaar bij de eerste huwelijksluiting te vragen of de partners mono- dan wel polygamie beogen, dan geldt een vermoeden van keuze voor monogamie.

<sup>41</sup> M. ELOSEGUI, "Les droits de la femme kenyane: conflit entre le droit statutaire et le droit coutumier", *Rev. dr. afr.* 1999, nr. 11, 326: in 1985 is nog voor afschaffing van polygamie gepleit. Het voorstel is evenwel niet aangenomen uit afkeer voor westerse invloeden en uit eerbied voor de traditie. Het voorstel om de mogelijkheid van polygamie afhankelijk te stellen van een toelating van de eerste echtgenote werd niet aangenomen uit vrees voor een systematische weigering.

<sup>42</sup> B. BOURDELOIS, *doct.*, 66, wijt dit voor Mali aan de grote invloed van de islam. Anderzijds onderscheidt de regeling zich van die van de 'klassieke' islamstaten doordat een tweede huwelijk zonder toestemming van de eerste vrouw in Mali nietig is. Niets belet de man evenwel om de vrouw te verstoten. Deze mogelijkheid hangt als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de eerste vrouw, zodat de man uiteindelijk steeds zijn eigen wil kan doordrijven. Daarnaast wordt de clausule soms als een gentlemen's agreement beschouwd, dat geen juridische gevolgen met zich meebrengt (vermelding door B. BOURDELOIS, *doct.*, 69; *contra*: M. M'SALHA, *doct.*, 217) en vereist het fatsoen van de vrouw dat ze er niet zelf om vraagt een monogamieclausule in het huwelijkscontract op te nemen: L. JORDENS-COTRAN, "De Islam in het Nederlandse rechtstelsel", in VERENIGING TOT BESTUDERING VAN HET RECHT VAN DE ISLAM EN HET MIDDEN OOSTEN (ed.), *Islam in West-Europa. De plaats van de Islam en het islamitische recht in de West-Europese rechtstelsels. Reeks Recht van de Islam*, nr. 10 (10de RIMO-symposium), Maastricht, RIMO, 1992, 40.

<sup>43</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *l.c.*, 30.

<sup>44</sup> A. SHAHEEN SARDAR, "Women's Human Rights in Islam: towards a theoretical framework", in E. COTRAN en C. MALLAT (ed), *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, IV, 1997-1998, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 142-143, stipt aan dat de discussie voor afschaffing zich evenwel op het vlak van de interpretatie van de Koran kan voordoen. Meerdere auteurs werpen op dat polygamie niet aanvaardbaar is en verwijzen naar vers 4:129: 'Ye are never able to be fair and just among women even if you tried hard' (verwijzing naar T. AL-HIBRI, "A study of islamic herstory", 216; RAHMAN, "Status of women in the Qur'an", 45-49; MERNISSI, *Beyond the veil: Women and Islam*, HASSAN, "An islamic perspective"). Andere auteurs (verwijzing naar ABDUR RAHMAN DOI) zien met deze bepaling slechts de onmogelijkheid van een gelijke behandeling op emotioneel vlak bevestigd, wat polygamie niet hoeft uit te sluiten. M. M'SALHA, *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, doctoraat, 1999, 22, beklemtont dat de goddelijke wet door menselijke hand is neergeschreven.

<sup>45</sup> B. BOURDELOIS, *doct.*, 60.

<sup>46</sup> O.m. B. P. WANDA, "Customary family law in Malawi: adherence to tradition and adaptability to

verplichting, gezien het aanhoudende overwicht van het gewoonterecht, in het voordeel van een expliciete optie voor polygamie blijft spelen<sup>47</sup>.

11. Hieronder verwijzen we naar de regelgeving van een aantal Staten, om later, in het kader van een rechtspraakanalyse met aandacht voor het gelijkheidsbeginsel, een concretere invulling te kunnen geven aan het begrip 'polygamie', een begrip dat vele ladingen kan dekken.

### A.3.A. BEPERKINGEN AAN HET RECHT, ZONDER RECHTERLIJKE TUSSENKOMST

12. In meerdere Afrikaanse<sup>48</sup> en Arabische<sup>49</sup> Staten maakt het pleidooi voor de afschaffing van polygamie sinds enkele jaren opgang.

Voorstanders van een afschaffing steunen zich expliciet op de gewijzigde sociale en economische omstandigheden, en meer bepaald op de dreigende overbevolking in deze landen.

Ze krijgen evenwel te kampen met de kritiek dat het in de huidige stand van zaken onmogelijk is polygamie te verbieden, omdat er bij gebrek aan een verplichte burgerlijke ceremonie vaak nog geen systematische controle op de naleving van een dergelijk verbod mogelijk is<sup>50</sup>.

Om die reden wordt in fasen gewerkt. In een eerste fase wordt de polygamie aan een toenemend aantal formaliteiten onderworpen. Deze beogen in min of meerdere mate de belangen, in het bijzonder de vrije toestemming, van alle betrokkenen te waarborgen<sup>51</sup>.

13. O.m. het Egyptische decreet van 1975<sup>52</sup> en art. 30 van de Algerijnse C.C.

---

change", *Journal of legal pluralism* 1986-88, 130: meerdere hoven van beroep stellen dat de man steeds voorafgaandelijk zijn eerste vrouw(en) moet raadplegen en dat het wreed is om polygaam te huwen tegen hun wil. Dit is evenwel niet bij wet vastgelegd en moet als evolutie in het licht van de veranderende tijden worden beschouwd. Bepaalde lagere rechtbanken verklaren bovendien het tweede huwelijk nietig en laten de tweede vrouw aan haar lot over.

<sup>47</sup> F. LAROCHE-GISSEROT, "L'échec du mariage occidental en Afrique francophone: l'exemple de la Côte d'Ivoire", *R.D.I.C.* 1999, 58.

<sup>48</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *I.c.*, 31, verwijzen naar o.m. Kenia, waar de vrouwenrechten opgang maken.

<sup>49</sup> Vers 4:129 Koran: 'Ye are never able to be fair and just among women even if you tried hard': A. SHAHEEN SARDAR, "Women's Human Rights in Islam: towards a theoretical framework", in E. COTRAN en C. MALLAT (ed), *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, IV, 1997-1998, Den Haag, Kluwer Law International, 1998, 142, verwijst naar AL-HIBRI, "A study of islamic herstory", 216; RAHMAN, "Status of women in the Qur'an", 45-49; MERNISSI, *Beyond the veil: Women and Islam*, HASSAN, "An islamic perspective".

<sup>50</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *I.c.*, 30. Zie ook de weerstand tegen een afschaffing om economische redenen, m.n. de wens van bepaalde vrouwen om met polygamie de kans te vergroten om een rijk man te kunnen huwen: zie het straatprotest van Nigeriaanse vrouwen tegen een nakende afschaffing in 2001 (hierover TH. HOLTERMAN, *Vreemdelingenrecht. Toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2002, 43).

<sup>51</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *I.c.*, 30, benadrukken dat meerdere auteurs de effectiviteit van dergelijke voorwaarden betwijfelen.

<sup>52</sup> Meer over de woelige discussie die in Egypte over polygamie is gerezen in het begin van de



verplichten de man zijn eerste echtgenote voorafgaandelijk aan een tweede huwelijk te informeren over zijn trouwplannen<sup>53</sup>. Art. 133 van de Senegalese<sup>54</sup>, art. 42 van de Togolese<sup>55</sup> en de Kameroense<sup>56</sup>, Libanese en Malinese code<sup>57</sup> voorzien in de mogelijkheid van een monogamieclausule, die ingeval van niet-eerbiediging de nietigheid van het huwelijk impliceert<sup>58</sup>. Is geen clausule in het huwelijkscontract opgenomen, dan kan o.m. in Egypte, Mali, Kameroen en Gabon de eerste vrouw verzet doen tegen de tweede huwelijksluiting en daarmee alsnog een polygaam huwelijk tegengaan, of kan ze de polygamie – eens die is aangegaan – als echtscheidingsgrond invoeren<sup>59</sup>. Aangezien een

---

jaren 1980: D. BEKE, "De evolutie van het burgerlijk recht in de landen van Noord-Afrika. Een verloren strijd voor modernisten?", in *Migranten en (ge)recht: vragen over cultuurwaarden in het recht*, reeks Cultuur en migratie, Brussel, Cultuur en migratie, 1990, 60.

<sup>53</sup> Hierover F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, tome 1: Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1992, 172; P. FAVART, "Quelques spécificités maghrébines dans la condition des étrangers", in J.-Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, Louvain-la-Neuve/Brussel, Academia/Sybid, 1989, 25; art. 8 van de wet van 9 juni 1984, J.O. 12 juni 1984, laat de vrouw de mogelijkheid om bedrog in te roepen; M. M'SALHA (doct.), 59.

<sup>54</sup> Wet van 12 juni 1972. Art. 65 bepaalt dat de optie in de huwelijksakte wordt opgenomen: B. BOURDELOIS, *doct.*, 65; F. LAROCHE-GISSEROT, "L'échec du mariage occidental en Afrique francophone: l'exemple de la Côte d'Ivoire", *R.D.I.C.* 1999, 77, stelt evenwel dat Senegalese analfabete vrouwen soms door hun echtgenoot met mondelinge beloftes worden misleid, waarna de huwelijksakte een optie voor polygamie blijkt in te houden.

<sup>55</sup> F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, tome 1: Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1992, 172; P. KLISSOU, *La polygamie au Bénin. Une approche régionale des tendances et des déterminants*, Louvain-La-Neuve, UCL, Institut de Démographie/Académia-Bruylant/L'harmattan, 1995, 23.

<sup>56</sup> Art. 43 wet 11 juni 1968: F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, tome 1: Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1992, 172; J.P. TCHOU-BAYO, "Réflexions sur la sanction civile de la bigamie en droit positif camerounais (à propos de l'article 63 de l'ordonnance du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil au Cameroun)", *Rev. jur. et pol.* 1999, 318-338: de wet voorziet evenwel niet hoe moet worden omgegaan met een tweede huwelijk onder een polygamieclausule, dat zelf evenwel met monogamieclausule wordt aangegaan. Aangezien er reeds een eerste huwelijk bestaat, is de clausule van bij de huwelijksluiting overtreden. TCHOU-BAYO meent dat de man moet worden bestraft op grond van bigamie.

<sup>57</sup> Art. 43 Familiecode van 1962: P. KLISSOU, *o.c.*, 24.

<sup>58</sup> Zie ook algemeen over monogamieclausules in Afrikaanse huwelijkscontracten: A.S. ALDEEB, *Mariages mixtes entre Suisses et étrangers musulmans. Enjeux de normes légales conflictuelles*, Lausanne, Institut suisse de droit comparé, 1996; M. CHARFI, "La polygamie dans les systèmes juridiques de certains pays africains", *R.M.D.C.* 1988, nr. 10, 10; G.R. DE GROOT, "Juridische vragen bij Nederlands-islamitische huwelijken", in F.A. VAN BAKELLEN, J. BRUGMAN en G.R. DE GROOT (eds), *Recht van de islam: teksten van het op 3 juni 1983 te Leiden gehouden symposium*, Groningen, RIMO, 1984, 43-58; F. MONEGER, "Les musulmans devant le juge français", *J.D.I.* 1994, 360; M. M'SALHA (doct.), 215; M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos de la polygamie", *Ann. dr. Louv.* 1983, 244-245; M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos des mariages mixtes en Belgique", *Rev. trim. dr. fam.* 1981, 259. Zie evenwel de bedenkingen van V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 103: de opname van de clausule kan bij een gemengd huwelijk de rechtspositie van de vrouw eerder verzwakken dan versterken, omdat de buitenlandse rechtsorde er afstand van haar eigen personeel recht uit zou kunnen afleiden, of zelfs bekering tot de islam. Zie eveneens: G.R. DE GROOT, "Islamitische huwelijkscontracten en rechtsvergelijking", *W.P.N.R.* 1982, 425-428.

<sup>59</sup> B. BOURDELOIS, *doct.*, 66; m.b.t. art. 11 Egyptische wet nr. 100 van 1985: H. SADEK en H. EL HADDAD, "Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 43. Zie ook naar Algerijns recht: M.

optie evenwel niet verplicht is, blijft polygamie in de praktijk de algemene regel<sup>60</sup>.

14. In de Algerijnse regelgeving lijken de beperkende bepalingen eerder een sussend, dan een werkelijk beperkend effect te hebben<sup>61</sup>. Art. 8 van de familiewet<sup>62</sup> laat voor de man een huwelijk met vier vrouwen toe, mits daar een goede reden toe is<sup>63</sup>, mits de vrouwen met wie de man reeds is gehuwd, evenals de nieuwe huwelijkskandidate voorafgaandelijk op de hoogte worden gebracht en mits alle vrouwen gelijk worden behandeld. Er staat evenwel geen sanctie op de overtreding van de gestelde voorwaarden<sup>64</sup>. Art. 8 laat de vrouw de mogelijkheid bedrog in te roepen en een echtscheiding met schadevergoeding te bekomen<sup>65</sup>. In dat geval of bij voorafgaande weigering van instemming met de polygamie kan ze evenwel zonder meer door haar man worden verstoten<sup>66</sup>.

15. Hieruit blijkt hoe moeilijk het is om na te gaan in welke mate de verstrenging van meerdere regelgevingen inzake polygamie, de vrouw een effectieve waarborg van inspraak in het lot van haar huwelijk biedt. Het gebrek aan formele rechterlijke controle op de zogenaamde formele waarborgen maakt deze vraag des te meer precair.

### A.3.B. BEPERKINGEN AAN HET RECHT, MET RECHTERLIJKE TUSSENKOMST

16. De Marokkaanse Mudawwana, het Marokkaanse personen- en familiewetboek, stelt als relatief, tijdelijk<sup>67</sup> huwelijksbeletsel "de overschrijding van het door de Goddelijke Wet toegelaten aantal (vier) echtgenotes" voorop. De eerste echtgenote en de nieuwe huwelijkskandidate moeten op de hoogte worden gesteld van het feit dat hun (toekomstige) echtgenoot een polygaam

---

M'SALHA (doct.), 59: art. 8 Algerijnse code.

<sup>60</sup> Zie o.m. J.Y. CARLIER, "Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 172: er wordt niet vaak gebruik gemaakt van de clause.

<sup>61</sup> Polygamie zou er evenwel nog slechts uitzonderlijk voorkomen: R. MITCHELL, "Family law in Algeria before and after the 1404/1984 Family Code", in R. GLEAVE (ed.), *Islamic law. Theory and practice*, I.B. Tauris, London/New York, 1997, 201.

<sup>62</sup> Wet 9 juni 1984, J.O. 12 juni 1984.

<sup>63</sup> Zoals steriliteit of een ziekte die een normale beleving van het huwelijk onmogelijk maakt in hoofde van de huidige echtgenote(s). Een bewijs gebeurt bij dokterscertificaat: Circulaire minister van justitie, nr. 102/84, 23 september 1984, *aangeh.* in R. MITCHELL, *l.c.*, 201.

<sup>64</sup> De reden hiervan is opnieuw te vinden in het gegeven dat de Koran zelf polygamie toelaat en dat de toepassing ervan onder geen enkele andere omstandigheid dan deze die door de wet worden aangegeven tot een sanctie aanleiding kan geven.

<sup>65</sup> R. MITCHELL, *l.c.*, 201: op grond van art. 39 C.C.: verwaarlozing van de echtelijke plichten. Onderzoek van Mitchell wees uit dat de vrouw in de helft van de onderzochte casussen een schadevergoeding kreeg toegekend en eveneens 1 keer op 2 het hoederecht (naar Belgisch recht 'recht van bewaring') over de kinderen verwierf. Problematisch is evenwel dat de man haast steeds de echtelijke woonst krijgt toegekend in Algerije. Zie voor eenzelfde mogelijkheid naar Marokkaans recht: art. 77 en 78 Dahir des obligations et *contrats*. Hierover A. MOULAY R'CHID, "Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans", in *Rec. Cours* 1997, afl. 268, 196.

<sup>66</sup> D. COESTER-WALTJEN, *l.c.*, 32.

<sup>67</sup> M. M'SALHA, *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, doctoraat, 1999, 59.

huwelijk wil aangaan<sup>68</sup>. De eerste vrouw kan sinds 1956 via een monogamieclausule in het huwelijkscontract een soort van gentlemen's agreement met haar echtgenoot aangaan<sup>69</sup>. Daarmee eist ze voor zichzelf het recht op om haar huwelijk te laten ontbinden<sup>70</sup> mocht haar echtgenoot polygaam huwen<sup>71</sup>. Heeft ze van die mogelijkheid niet voorafgaandelijk gebruik gemaakt, dan kan ze vanaf het ogenblik waarop haar echtgenoot haar van zijn nieuwe huwelijksvoornemens op de hoogte brengt, haar bezwaren voorleggen aan de rechter. Deze onderzoekt vervolgens de schade die de eerste echtgenote door het tweede huwelijk berokkend zou worden<sup>72</sup>.

Uit het laatste lid van art. 30<sup>73</sup> en 35 Mud.<sup>74</sup> blijkt dat een centrale rol is weggelegd voor het beginsel van de gelijke behandeling van de echtgenotes. Een polygaam huwelijk is niet langer mogelijk zonder rechterlijke (schriftelijke<sup>75</sup>) toelating. De rechter steunt zijn beslissing op de vereisten dat de man zich materieel meerdere echtgenotes kan veroorloven en dat alle echtgenotes gelijk worden behandeld. Tijdens het huwelijk zou eerbied voor de echtgenotes moeten worden verzekerd door de naleving van o.m. art. 119 Mud., dat de man verbiedt om één van zijn echtgenotes te dwingen met de andere samen te wonen<sup>76</sup>.

Ook deze wetgeving laat evenwel meerdere vragen onbeantwoord<sup>77</sup>. A.h.v. welke procedure moet de rechter oordelen of polygamie *in casu* al dan niet toelaatbaar is? Wie precies heeft tot taak beide vrouwen van de geplande polygame gezinssituatie in te lichten? Waarom werd de billijkheidseis slechts op het eind van de bepaling geplaatst? Art. 30 Mud. geeft niet aan welke sanctie staat op

<sup>68</sup> Art. 29, lid 2 Mud.

<sup>69</sup> Art. 31 Mud.

<sup>70</sup> L. BUSKENS, *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam, Bulaaq, 1999, 108, maakt evenwel gewag van vernietiging van het huwelijk. In de vertaling van de Mud. in M.C. FOLETS (ed.), *Marokkaanse migrantenvrouwen...*, 426, wordt geopteerd voor 'ontbinding', alhoewel de annotator verduidelijkt dat de juridische term 'faskh' zowel gebruikt wordt voor 'ontbinding' als voor 'vernietiging'. Bij de vertaling is geopteerd voor 'ontbinding' omdat de huwelijksvereenkomst tussen de man en zijn eerste vrouw wettig was.

<sup>71</sup> Art. 30, tweede lid (met annotatie) en art. 31 Mud.

<sup>72</sup> Art. 56 Mud.

<sup>73</sup> "In geen geval staat de rechter polygamie toe indien te vrezen is voor onbillijkheid tussen de echtgenotes".

<sup>74</sup> "De rechten van de vrouw ten aanzien van de echtgenoot zijn: (...) 2. Rechtvaardigheid en gelijkheid indien de man gehuwd is met meer dan één vrouw (...)".

<sup>75</sup> Art. 41, punt 5 Mud. verwijst naar de verplichte voorlegging bij de huwelijksluiting van de toestemming van de rechter om polygaam te huwen.

<sup>76</sup> De vertaling van art. 119 Mud. is evenwel niet volledig duidelijk. 'Darra' betekent in het islamitische recht de volgende echtgenote in een polygaam huwelijk, terwijl de vertaler (die deze oorspronkelijke betekenis zelf in voetnoot opnam: D. BEKE e.a., "De Mudawwana, het Marokkaanse personen- en familiewetboek. Een tekstuele vertaling met annotaties", in M.-CL. FOLETS (ed.), *Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?*, Antwerpen, Maklu, 1998, 461) opteerde voor de vertaling 'co-echtgenote', waarbij geen onderscheid in opvolging lijkt te worden gemaakt. Kan de tweede echtgenote dan tegen haar wil worden gedwongen samen te leven met de eerste, indien de man en de eerste echtgenote dat willen?

<sup>77</sup> L. BUSKENS, *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam, Bulaaq, 1999, 108-109.

een schending van de rechten van de eerste vrouw door het tweede huwelijk<sup>78</sup>. Art. 31 Mud. vermeldt slechts de mogelijkheid voor de vrouw om een rechterlijke huwelijksontbinding te vorderen<sup>79</sup>. In dat geval kan ze evenwel geen recht laten gelden op een schadeloosstelling of *mout'a* (troostprijs), die ze bij ontbinding van het huwelijk door verstoting wel zou ontvangen<sup>80</sup>. Gezien de mogelijkheid van de man om haar op elk ogenblik te verstoten, beschikt de eerste echtgenote vaak niet over een werkelijke keuze om al dan niet een monogamieclausule aan te gaan<sup>81</sup>.

Ook de Marokkaanse regeling blijft bijgevolg, ondanks zijn meerdere beschermingsbepalingen t.a.v. vrouwen, te weinig garanties inhouden tegen misbruik door de man van zijn positie. Niet alleen de gelijke behandeling van de echtgenotes onderling is onvoldoende gewaarborgd. Bovenal is het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw geschonden. In het land zelf gaan dan ook steeds meer stemmen op voor een algemeen verbod op polygamie<sup>82</sup>.

#### 17. Ook het Syrische<sup>83</sup> en het Indonesische<sup>84</sup> personele statuut en de Iraakse wet

<sup>78</sup> A. MOULAY R'CHID, "La réforme du code de statut personnel marocain. Une avancée dans la codification des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 432-433.

<sup>79</sup> Zie ook art. 56 Mud.: echtscheiding wegens nadeel en art. 44 Mud.: zelfverstoting. Commentaar: o.m. M.C. FOLETS, "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie)", *Rev. dr. étr.* 131-132.

<sup>80</sup> M. BERGER en J.H. VAN KALDENHOVEN, *De Mudawwanah. Marokkaans wetboek inzake personen-, familie- en erfrecht*, Tweede herziene en bijgewerkte druk. Vertaald uit het Arabisch door mr. Drs. M.S. Berge en drs. J.H. Kaldenhoven, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1997, 46, noot 1 ad art. 31. De *mout'a* wordt in de Koran (verzen 2;236 en 33;49) beschouwd als schadevergoeding voor het geleden morele en materiële nadeel: M. M'SALHA (doct.), 48.

<sup>81</sup> M. M'SALHA, *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, doctoraat, 1999, 118-119, L. JORDENS-COTRAN, "De Islam in het Nederlandse rechtstelsel", in VERENIGING TOT BESTUDERING VAN HET RECHT VAN DE ISLAM EN HET MIDDEN OOSTEN (ed.), *Islam in West-Europa. De plaats van de Islam en het islamitische recht in de West-Europese rechtstelsels. Reeks Recht van de Islam, nr. 10* (10de RIMO-symposium), Maastricht, RIMO, 1992, 40; S. MERNISSI, "Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 138; P. BOUREL, "Préface", in B. BOURDELOIS, o.c., V. Sommigen suggereren bovendien dat dergelijke clausule naar westers recht mogelijk inbreuk maakt op het beginsel van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon: B. BOURDELOIS, *doct.*, 81; N. WATTE, *Les droits et devoirs des époux en droit international privé*, Brussel, Larcier, 1987, 242 (WATTE hanteert dit argument evenwel in een licht verschillende context, m.n. als reactie op de stelling dat een bekering tot het katholicisme of de optie voor een huwelijksluiting in België voor de ambtenaar van de burgerlijke stand zou volstaan om polygamie definitief onmogelijk te maken).

<sup>82</sup> Beleidsverklaring Marokkaanse regering, *Plan d'action national pour l'intégration des femmes au développement. Les principales propositions*, januari 2000, <http://www.maghreb-ddh.sgdg.org/actualité/femmes.html>, 4; verwijzingen in L. BUSKENS, o.c., 109 (naar ALLAL AL-FASI, vertaald in M. BORRMANS, *Documents sur la famille au Maghreb de 1940 à nos jours. Avec les textes législatifs marocain, algérien, tunisien et égyptien en matière de statut personnel musulman*, 1979, 140-144, naar NAILA KAVBEER, *Reversed realities: gender hierarchies in development thought*, London, Verso, 1994, en naar de meerderheid van de NGO's die zich met vrouwenrechten inlaten).

<sup>83</sup> Art. 17 Syrische C.C. van 17 september 1953. Zie hierover F. BOULANGER, *Droit civil de la*

nr. 188 van 1959<sup>85</sup> vereisen een voorafgaande rechterlijke toestemming, waarbij de rechter een polygaam huwelijk kan verbieden wanneer er geen goede reden toe is, wanneer een polygaam huwelijk de financiële middelen van de man te boven zou gaan of wanneer de rechter vreest voor ongelijke behandeling van de vrouwen<sup>86</sup>. Naar Iraaks recht geldt het verbod tevens wanneer de huidige echtgenote al een kind heeft met de man. Of dit evenwel betekent dat polygamie slechts is toegestaan om fertiliteitsredenen, is niet duidelijk. Principieel is polygamie in Irak verboden. De toelating is o.i. dus eerder een uitzondering op het verbod en moet restrictief worden geïnterpreteerd. Stemt de eerste echtgenote niet met het toegelaten polygame huwelijk in, dan kan ze haar huwelijk laten ontbinden.

**18.** Naar Indisch en Pakistaans recht is de schriftelijke toelating van een arbitration council vereist<sup>87</sup>. Deze steunt een weigering op het niet noodzakelijke en onrechtvaardige karakter<sup>88</sup> van de voorgenomen polygamie. Huwt de man niettemin polygaam, dan moet hij bij wijze van sanctie de andere echtgenote(s) de volledige bruidsschat uitbetalen en kan hij veroordeeld worden tot een gevangenisstraf van een jaar en/of een boete<sup>89</sup>. De eerste echtgenote heeft bovendien de mogelijkheid haar huwelijk te laten ontbinden. Naar de letter van de wet weigert de bevoegde instantie om een huwelijk te registreren, dat zonder toestemming van de *arbitration council* is aangegaan. Het polygame huwelijk moet in dat geval geacht worden niet te bestaan.

**19.** De voorgaande beschrijving lijkt op het eerste gezicht uit te wijzen dat de voorwaarde van rechterlijke toestemming de rechten van de eerste echtgenote reeds beter waarborgt. De ondoorzichtigheid van de gehanteerde beslissingscriteria, de twijfels omtrent de naleving van de vooropgestelde sancties<sup>90</sup>, en de meerdere vragen die ook t.a.v. de eigen – o.m. Marokkaanse – auteurs onbeantwoord blijven, geven evenwel de zwakke punten van de

---

*famille, tome 1: Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1992, 172; M. M'SALHA (1999), 59; S.A. ABU SAHLIEH, "Le droit de famille dans le monde arabe. Constantes et défis", in M.C. FOLETS (ed.), *Familles - Islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 168.

<sup>84</sup> Wet van 2 januari 1974, beschreven in W.C. SUPRIADI, *Het Nederlands en Indonesisch huwelijksrecht. Een historisch rechtsvergelijkend onderzoek naar het Nederlandse en het Indonesische huwelijk in de periode van 1945 tot heden*, Rotterdam, Labyrint Publication, 1991, 130, onder voorwaarden van voldoende financiële middelen en rechtvaardige behandeling en mits blijvend lichamelijk letsel, ongeneeslijke ziekte, frigiditeit of onvruchtbaarheid van de eerste vrouw. Zie ook art. 40-44 Regeringsverord. Nr. 9/1975 van 1 april 1975.

<sup>85</sup> *Jaarboek Mensenrechten* 1959, 149.

<sup>86</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *l.c.*, 31.

<sup>87</sup> Sectie 6(1) MFLO procedure van 1961. O.m. D. PEARL en W. MENSKI, *Muslim family law*, London, Sweet & Maxwell, 1998, 256 en 267.

<sup>88</sup> Aan deze voorwaarde is slechts voldaan bij steriliteit, fysieke ziekte, impotentie of zwakzinnigheid van de eerste echtgenote: L. ESPOSITO, *Women in Muslim family law*, New York, Syracuse University Press, 1982, 84.

<sup>89</sup> N.H. SHAH, "Pakistan", in *International Encyclopedia of Comparative Law* vol. 1, National reports, "P", 1996, 9.

<sup>90</sup> D. PEARL en W. MENSKI, *Muslim family law*, London, Sweet & Maxwell, 1998, 248, 257 en 273, m.b.t. de Pakistaanse en vooral de Bengaalse arbitration councils.

regelingen aan. Nog steeds is de redelijke verwachting dat de polygame gezinssituatie een vrije keuze is van alle betrokkenen, of minstens hun rechten voldoende waarborgt, niet ingelost.

Deze vaststelling zal een rol spelen bij de evaluatie van de rechtspraakanalyse.

#### A.4. PERSONELE WETTEN DIE GEEN BEPERKINGEN STELLEN AAN POLYGAME GEZINSVORMING

20. In Egypte is de in 1979 ingevoerde voorwaarde dat de huidige echtgenote(s) zou(den) toestemmen met het opvolgende huwelijk, ongrondwettelijk bevonden en bij een hervorming in 1985 geschrapt<sup>91</sup>. Polygamie is er aan geen enkele wettelijke voorwaarde verbonden. De eerste echtgenote heeft slechts de mogelijkheid om het huwelijk te laten ontbinden mits ze 'morele of materiële achteruitgang door het tweede huwelijk' kan aantonen. De rechter kent daarbij stelselmatig de zorg voor het huis en de jonge kinderen toe aan de man<sup>92</sup>.

Ook in Singapore is polygamie zonder beperkingen blijven bestaan en na de onafhankelijkheid slechts verboden bij niet-moslims.

21. Daarnaast komen in meerdere landen praktijken voor die kunnen worden benoemd met de term 'feitelijke polygamie'. Zowel in Irak als in Nigeria blijven, in tegenstelling tot het principiële verbod, polygame huwelijken in toepassing van islamitisch geïnspireerd recht of 'tribal law' mogelijk<sup>93</sup>.

De Senegalese code laat naast een geregistreerd polygaam huwelijk, ook ruimte voor een louter feitelijk, gewoonterechtelijk polygaam huwelijk. Een op deze wijze aangegaan polygaam gezinsverband is wettig *inter partes*<sup>94</sup>.

In bepaalde Aziatische staten, o.m. China en Vietnam, hebben mannen vaak een bijzit<sup>95</sup> en bestaat het zogenaamde traditionele secundaire huwelijk<sup>96</sup>. Daarbij moet de tweede vrouw gehoorzamen aan de eerste, bij wie ook haar kinderen worden ondergeschoven. De Chinese wetgevende commissie heeft deze praktijk bij het overleg over de nieuwe Code onwettig bevonden, maar niet in de wet als

<sup>91</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *l.c.*, 32.

<sup>92</sup> D. BEKE, "De evolutie van het burgerlijk recht in de landen van Noord-Afrika. Een verloren strijd voor modernisten?", in *Migranten en (ge)recht: vragen over cultuurwaarden in het recht*, reeks Cultuur en migratie, Brussel, Cultuur en migratie, 1990, 60; S.A.A. ABU-SAHLEH, "Le droit de famille dans le monde arabe. Constantes et défis", in M.C. FOLETS (ed.), *Familles - Islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 168.

<sup>93</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, *l.c.*, 30.

<sup>94</sup> Art. 146 Senegalese Code.

<sup>95</sup> F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, tome 1: Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1992, 177.

<sup>96</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC, *The family in post-socialist countries, International encyclopedia of comparative law, deel 4: Persons and family*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 32. Een dergelijk huwelijk in Vietnam van een Vietnamees met een tweede (eveneens Vietnamese) echtgenote van tweede rang werd in Frankrijk reeds als wettig erkend: T.G.I. Seine 16 oktober 1967, *J.D.I.* 1969, 406, noot PH. KAHN.

dusdanig verboden. Er is geen sprake van concurrerende huwelijken. Volgens sommige auteurs<sup>97</sup> kan daarom het bestaande verbod van bigamie<sup>98</sup> niet worden ingeroepen. Een vrouw die niet met het secundaire huwelijk kan instemmen, kan een echtscheiding bekomen. Ze krijgt evenwel niet gemakkelijk een onderhoudsuitkering toegekend<sup>99</sup>.

22. Uit de voorgaande bespreking blijkt dat polygamie in zowat alle genoemde landen nog steeds een voorrecht van de man is<sup>100</sup>. De eerste echtgenote blijft aan de goede wil van haar echtgenoot onderworpen, ongeacht of het nu de preventie van polygamie door het aangaan van een monogamieclausule betreft, de naleving van een wettelijk verbod of wettelijke beperkingen op polygamie, of de rechtvaardige behandeling van de eerste vrouw in een gerealiseerde polygame gezinssituatie. Het 'recht' van de eerste echtgenote om haar huwelijk te laten ontbinden – mits bewijs van ernstige benadeling, of soms *de iure* – is in werkelijkheid, door een gebrek aan financiële waarborgen, slechts een laatste toevlucht.

## B. VERDRAGSRECHTELIJKE BEPALINGEN INZAKE POLYGAMIE

23. Vervolgens rijst de vraag in hoeverre internationale verdragsbepalingen in dit verband richtlijnen bieden.

24. Het Haagse huweliksverdrag van 1978<sup>101</sup> bepaalt in art. 11 dat polygamie een mogelijke grond is om te weigeren het huwelijk te erkennen. Aangezien artikel 5 evenwel bepaalt: "Het recht dat door dit hoofdstuk als toepasselijk is aangewezen wordt slechts dan niet toegepast indien zulks *kennelijk* onverenigbaar is met de openbare orde van de Staat waar het huwelijk wordt

<sup>97</sup> F. MUNZEL, "People's Republic of China", in *International encyclopedia of comparative law* vol. 1, National reports, 'P', 1996, 81. In Frankrijk en het V.K. daarentegen wordt het tweederangshuwelijk wel gelijkgesteld met polygamie: verwijzingen naar rechtspraak bij G. KEGEL en K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, München, C.H. Beck, 2000, 301.

<sup>98</sup> Art. 390 Sw.

<sup>99</sup> In bepaalde progressieve Staten wordt hieraan gewerkt. Zo heeft de Tunesische (land waar polygamie is verboden) president Ben Ali een fonds ingesteld voor vrouwen van wie de mannen na een scheiding weigeren onderhoudsgeld te betalen: De Standaard, "Schending mensenrechten werpt schaduw op succesverhaal Tunesië", 10 april 2000.

<sup>100</sup> D. COESTER-WALTJEN en M. COESTER, "Persons and family (Vol IV), chapter 3: Formation of marriage" *I.E.C.L.* 1997, 29, verwijzen naar de Afrikaanse stammen van de Idegbe en Arhewa in Nigeria, waar naast het leviraat (verplicht huwelijk met een broer van de overleden echtgenoot; E. A. BAERENDS, "Woman is king, man a mere child", 48: de druk om een leviraatshuwelijk aan te gaan, is groot als de weduwe nog kinderen op te voeden heeft en ze nog vruchtbaar is. hierover ook: M. ELOSEGUI, "Les droits de la femme kenyane: conflit entre le droit statutaire et le droit coutumier", *Rev. dr. afr.* 1999, nr. 11, 333) een soort van polyandrie bestaat. De weduwe van een overleden zoonloze man heeft de plicht om een zoon te baren en wordt daartoe 'vrouw van het dorp'.

<sup>101</sup> Verdrag inzake het aangaan en de erkenning van de geldigheid van huwelijken, 14 maart 1978, in J. ERAUW, *Bronnen van internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 85.

voltrokken”, menen we dat hiermee nog geen uitspraak is gedaan over de erkenning van bepaalde *rechtsgevolgen* van het polygame huwelijk<sup>102</sup>. Dit verklaart wellicht mede de huidige praktijk om geval per geval en vordering per vordering te beoordelen.

Artikel 11, tweede lid bepaalt bovendien expliciet dat geen van de verdragssluitende Staten de erkenning van het huwelijk kan weigeren indien dat huwelijk later geldig is geworden door de ontbinding<sup>103</sup> of de nietigverklaring<sup>104</sup> van het eerdere huwelijk. Een polygame huwelijksluiting kan dus slechts worden gesanctioneerd zolang de polygamie blijft voortbestaan<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> De onduidelijkheid valt te betreuren, te meer aangezien er bewust voor is geopteerd om de hypothese van polygamie op te nemen in het toepassingsgebied. Een voorstel van het V.K. om het onderwerp uit het Verdrag te weren, werd verworpen: P. NYGH, “The Hague Marriage Convention – a sleeping beauty?”, in A. BORRAS en A. DROZ (eds), *E pluribus unum: on the progressive unification of private international law. Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, Den Haag, Nijhoff, 1996, 257-259.

<sup>103</sup> COESTER-WALTJEN en COESTER, o.c., 37: in o.m. Polen, Denemarken, Noorwegen en Zwitserland is het validerende effect van de ontbinding t.a.v. het tweede huwelijk onbeperkt. O.m. het Oostenrijkse, Portugese, Franse (art. 189 C.C.) en Duitse recht (§20 voormalig Ehegesetz) weigeren daarentegen retro-actieve geldigheid te erkennen indien het eerste huwelijk slechts is ontbonden. In dezelfde zin: Rb. Mechelen 8 februari 2001, A.R. 01/105/A, *onuitg.* (ook na een latere geldige echtscheiding met onderlinge toestemming werd het tweede huwelijk nog nietigverklaard, ook al was het op dat ogenblik reeds het enige huwelijk); Rb. Hasselt AR 01/1/A van 6 november 2001, *onuitg.*; Antwerpen AR 1999/AR/798 van 24 januari 2001; Rb. Nijvel 17 oktober 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 647; Luik 13 december 1994, *T.B.B.R.* 1996, 324, noot C. PARIS; Brussel 9 december 1997, *Div. Act.* 1999, 100; Luik 6 december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 43.

Eenzelfde conclusie volgt impliciet uit: Rb. Brussel 20 november 1990, *J.T.* 1991, 283, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOLETS, ter hervorming van Vred. Sint-Gillis 5 april 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 662, die het samengaan van retro-activiteit met een vorig regelmatig huwelijk strijdig bevond met de openbare orde. De Belgische wet werd als *lex fori* toegepast. Het huwelijk werd slechts erkend vanaf de datum van opstelling van de huwelijksakte en niet vanaf de vroegere datum die in de huwelijksakte was opgenomen. Wordt het tweede huwelijk geldig na ontbinding van het eerste, dan wordt het tweede huwelijk mogelijk eveneens een soort van retro-actief huwelijk.

Zie ook familiewet Cuba, Tsjechië, Hongarije, Polen, Roemenië, Rusland, Servië en Slowakije: is het eerste huwelijk intussen ontbonden of vernietigd, dan is er geen sprake meer van bigamie. Het Poolse recht voorziet evenwel wel nog in een vernietiging van het tweede huwelijk, indien het eerste slechts is ontbonden door de dood van de schuldige aan bigamie. Het tweede huwelijk is eveneens door de dood ontbonden, maar wordt nu ook nog eens nietigverklaard.

*Contra* (het tweede huwelijk wordt na ontbinding van het eerste wél retro-actief geldig): Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 60; Rb. Brussel 2 oktober 1996, *J.L.M.B.* 1997, 1570, noot C.P. Zie ook art. 11, tweede lid van het Haagse huwelijksverdrag, dat stelt dat de erkenning van het huwelijk niet kan worden geweigerd indien het later geldig is geworden door de ontbinding of de nietigverklaring van het eerdere huwelijk. Het Verdrag bindt evenwel slechts Nederland, Luxemburg en Italië onderling.

Zie ook pleidooi in die zin van o.m. van C. BOHMER, “Sind noch alle Eheverbote zeitgema?”, *StAZ.* 1991, 130.

<sup>104</sup> Bv. wegens schijnhuwelijk: Luik 13 december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 45. Zulks is in de meeste Europese Staten erkend: COESTER-WALTJEN en COESTER, o.c., 37: Oostenrijk, Denemarken, Frankrijk, Hongarije, Duitsland, Italië, Noorwegen, Zwitserland, Portugal.

<sup>105</sup> *Contra*, zij het niet omwille van het Verdrag, maar omwille van het argument van de openbare orde: J. JAQUES, eerste-substituut Procureur des Konings Antwerpen, weigert te erkennen dat het tweede huwelijk door de ontbinding van het eerste huwelijk geldig wordt: E. MEULDERS, “Niet-erkenning bigaam huwelijk (van iemand waarvoor polygamie toegelaten is)”, *De Burg. St.*



Het Haagse verdrag is evenwel door België niet ondertekend, en verbindt slechts Nederland (sinds 11 september 1987), Luxemburg en Australië, en dan nog enkel in relatie tot geschillen die elkaars rechtsonderhorigen betreffen.

**25.** Het enige multilaterale verdrag dat de Belgische rechtsorde in dit verband bindt<sup>106</sup>, is het Vrouwenverdrag van 1979, dat in art. 16 het beginsel van de gelijke behandeling van man en vrouw vooropstelt<sup>107</sup>.

Het niet-afdwingbare karakter van dit verdrag<sup>108</sup> zou in de nabije toekomst kunnen worden gecompenseerd, door de ratificatie door België van het zevende protocol bij het E.V.R.M.<sup>109</sup>, waarvan art. 5 bepaalt: "echtgenoten hebben gelijke rechten en verantwoordelijkheden van civielrechtelijke aard, zowel onderling als in hun betrekkingen met hun kinderen, wat betreft het huwelijk, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan. Dit artikel belet de Staten niet de in het belang van de kinderen noodzakelijke maatregelen te nemen". Krijgt dit artikel rechtstreekse werking, dan zou dat volgens sommige auteurs 'de doodsteek betekenen voor patriarchale gezinsstructuren, polygamie en verstoting'<sup>110</sup>.

**26.** Bepaalde auteurs<sup>111</sup> stellen daartegenover dat de erkenning van het recht van mannen en vrouwen van huwbare leeftijd om een huwelijk aan te gaan en een gezin te stichten (art. 23, 2° I.V.B.P.R.), de vrijheid inhoudt om een bigaam huwelijk aan te gaan. Deze vrijheid is volgens hen niet noodzakelijk strijdig met de garantie van gelijke rechten en verantwoordelijkheden voor beide echtgenoten en de bescherming van eventuele kinderen (art. 23, 4° I.V.B.P.R.). Een

---

1993, 531-532.

<sup>106</sup> Niet bindend is o.m. de VN-interpretatie van art. 17 IVBPR: "General Comment on art. 17 UN doc. CCPR/C/21", add. 6: "(...) broad interpretation to include all those comprising the family as understood in the society of the state party concerned". Deze stelling impliceert bovendien geen volledig vrije culturele invulling van het gezinsbegrip, aangezien steeds een non-discriminatiecontrole plaatsvindt (zie o.m. Cziffra and 19 Mauritius women UN doc A/36/40, 134-143 en UN doc. HR/Gen/1, "General comment on art. 23", 1992).

<sup>107</sup> UN-Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 18 december 1979; S. RUTTEN, "Vrouwen en het internationaal privaatrecht", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (ed.), *Het vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag...*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1994, 260.

<sup>108</sup> S. RUTTEN, *l.c.*, bepleit de opname van een bepaling in het Vrouwenverdrag die duidelijkheid zou scheppen omtrent de aanvaardbaarheid van (bepaalde gevolgen van) polygamie.

<sup>109</sup> P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOFF, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1990, 570-572; C.W. DUBBINK, "Ratificatie van het zevende protocol bij het E.V.R.M.", *NJCM-bulletin* 1995, 457.

<sup>110</sup> In dezelfde zin voor Nederland: A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme", in E.M. MEIJERS INSTITUUT (ed.), *Sociale cohesie en het recht*, Vermande, E.M. MEIJERS Instituut, 1998, 141-142.

<sup>111</sup> C. FORDER, "Artikel 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notedop", *N.J.C.M.* 1994, 107-118; M. NOWAK, *o.c.*, 403; M. PALM-RISSE, *o.c.*, 93 (de drie laatstgenoemde auteurs stellen hetzelfde m.b.t. art. 16 U.V.R.M. en art. 17 Amerikaanse conventie mensenrechten); K. RIMANQUE, "Het recht op eerbieding van het gezinsleven – een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.* 1981-82, 2211. *Contra*: (het beletsel verdient vooralsnog toepassing): A.J.H. WOLTJER, "Het recht om te huwen beperkt?", *M.R.* 2002, 257.

principeel verbod van bigamie zou daarom onverenigbaar zijn met de bepalingen van het I.V.B.P.R.

Andere auteurs zien de bescherming door art. 23 I.V.B.P.R. beperkt tot het monogame huwelijk, dat bovendien moet zijn aangegaan conform de toepasselijke bepalingen<sup>112</sup>.

27. De voormalige Europese Commissie heeft de aanvaardbaarheid van een polygamieverbod<sup>113</sup>, evenals van beperkingen inzake verblijf bij polygamie<sup>114</sup> en ongelijke behandeling van kinderen op grond van geboorte bij polygamie<sup>115</sup> meermaals bevestigd.

Art. 12 E.V.R.M. verhindert evenwel niet dat rechtsverhoudingen die voortvloeien uit een polygaam huwelijk worden erkend<sup>116</sup>.

28. Inzake bilaterale akkoorden kan worden verwezen naar het verdrag tussen België en Marokko d.d. 15 juli 1991, dat evenwel nog niet in werking is getreden<sup>117</sup>. Het verdrag verschaft in zijn huidige vorm geen duidelijkheid aangezien er geen expliciete verwijzing naar polygamie in opgenomen is en voorts de algemene toepasselijkheid van de nationale wet (art. 6) wordt uitgesloten wanneer deze 'manifestement incompatible avec l'ordre public' is (art. 2), een vage notie die geen verdere invulling krijgt<sup>118</sup>.

<sup>112</sup> M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl/Straatsburg/Arlington, N.P. ENGEL, 1993, 403.

<sup>113</sup> E.C.R.M., zaak-Draper, *aangeh.*; E.C.R.M., zaak-Hamer, *aangeh.*; E.C.R.M., nr. 30309/96, zaak-K.M. t. V.K., 9 april 1997, *aangeh.* door D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 177 (ongewilde polygamie na onwettige echtscheiding).

<sup>114</sup> E.C.R.M. nr. 2991/66, zaak-Khan t. V.K. van 15 juli 1967, *Yearbook* 10, 478; E.C.R.M., nr. 2992/66, zaak-Singh t. V.K. van 15 juli 1967, *Yearbook* 10, 478; E.C.R.M., nr. 12139/86 van 5 oktober 1987, zaak-M. en O.M. t. Nederland, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 23860/94, zaak-Khan t. V.K., 29 november 1995, *onuitg.*; E.C.R.M. nr. 19628/92, zaak-Bibi, 29 juni 1992, *onuitg.*: de weigering van verblijf vormt een gerechtvaardigde inmenging in het gezinsleven, omdat de praktijk onaanvaardbaar wordt bevonden door de meerderheid van de bevolking. Daarom kan de vorming van dergelijke huishoudens worden vermeden.

<sup>115</sup> E.C.R.M. nr. 14501/89 van 6 januari 1992, zaak-El Abasse en A.A. t. Nederland, *D&R* 72, 118; E.C.R.M. nr. 18173/91, zaak-Ezzrouali t. Nederland, 30 juni 1993, *onuitg.*, *aangeh.* door D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 178.

<sup>116</sup> Punt 13, h) iv Aanbeveling 1371(1998) Parlementaire Vergadering Raad van Europa "Abuse and Neglect of Children", *aangeh.* door D. VAN GRUNDERBEECK (doct.), 178; M. PALM-RISSE (1990), 160-161.

<sup>117</sup> Weergeg. in J. ERAUW, *Bronnen van het internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 88.

<sup>118</sup> We sluiten ons aan bij de visie van S. ALDEEB en A. BONOMI (ed.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, 105, en P. DECROUX, "La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire", *J.D.I.* 1985, 66, die menen dat de openbare-orde-clausule zich minstens zal verzetten tegen een polygaam huwelijk van een Marokkaan met een eigen onderdaan (*in casu* wierpen de auteurs een gelijkaardig probleem op t.a.v. Franse onderdanen, n.a.v. het Frans-Marokkaanse verdrag van 10 augustus 1981).

Ook de consulaire overeenkomsten van België met Algerije en met Turkije blijven vaag, waar ze stellen dat consulaire huwelijken kunnen worden voltrokken mits beide partners de nationaliteit van de zendstaat hebben en de wetten en reglementen van de verblijfsstaat zich er niet tegen verzetten<sup>119</sup>.

Ook de akkoorden inzake arbeidsimmigratie verwijzen zonder verdere precisering naar 'de' echtgenoot<sup>120</sup>.

## C. BESLUIT

29. Uit het voorgaande blijkt dat de Belgische I.P.R.-rechter op twee wijzen rekening zal moeten houden met de hierboven aangehaalde buitenlandse en internationaalrechtelijke bepalingen. Enerzijds zal in het oordeel steeds het gelijkheidsbeginsel centraal moeten staan<sup>121</sup>, anderzijds moet de I.P.R.-rechter de buitenlandse wet toepassen zoals die op dat ogenblik geldt en moet hij geval per geval nagaan in hoeverre het buitenlandse recht het beginsel van gelijke behandeling van de vrouw al dan niet schendt<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> Art. 43 Consulaire overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Democratische Volksrepubliek Algerije van 17 mei 1979, goedgekeurd bij wet 2 februari 1981, *B.S.* 19 februari 1982; art. 38 d Consulaire overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Republiek Turkije van 28 april 1972, goedgekeurd bij wet 24 augustus 1974, *B.S.* 14 april 1976.

<sup>120</sup> *Cf. infra*, hoofdstuk 4 (gezinshereniging en polygamie). In dit kader is het nuttig te verwijzen naar de kritiek dat bilaterale akkoorden de betrokken Staten vaak aan strengere, en in elk geval zelden aan soepelere voorwaarden onderwerpen, in vergelijking met de behandeling die andere derdelanders genieten: L. STRIKWERDA, "Een bilateraal I.P.R.-verdrag met Marokko?", *N.J.B.* 1992, 541-545.

<sup>121</sup> Deze vereiste volgt evenwel sterker uit art. 10 en 11 G.W. en uit art. 14 j° 8 E.V.R.M., dan uit het niet afdwingbare art. 16 Vrouwenverdrag.

<sup>122</sup> Zoals we reeds stelden, zijn de voorziene waarborgen in de praktijk evenwel zo zwak beschermd, dat tamelijk algemeen kan worden besloten tot een zwakke positie in hoofde van de vrouw.



## HOOFDSTUK 2. BELGISCHE RECHTSPRAAK INZAKE POLYGAMIE: POLYGAMIE IN HET FAMILIERECHT – DE WERKING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

### INLEIDING

1. Naar intern recht verbiedt art. 147 B.W.<sup>1</sup> - als bepaling van openbare orde met grensoverschrijdend toepassingsbereik<sup>2</sup> - eenieder die zich op het grondgebied bevindt om in België een polygaam huwelijk aan te gaan<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> “Men mag geen tweede huwelijk aangaan vóór de ontbinding van het eerste”. zie ook o.m. §1306 Duitse BGB; art. 147 C.C.; art. 33 N.B.W.

<sup>2</sup> Rb. Brussel 15 januari 1986, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 22 (*in casu* werd de exceptie van openbare orde ingeroepen (de eerste echtgenote was Belgische), daar waar de rechter in functie van de internationale beslissingsharmonie beter het argument van strijdigheid met de nationale wetten van betrokken had kunnen invoeren. De man had immers de Tunesische nationaliteit, waardoor zijn personeel statuut zelf polygamie verbiedt), hervormd door Brussel 14 oktober 1987, *T. Vreemd.* 1988, 22 en Brussel 27 juni 1988, *T. Vreemd.* 1988, 22; Rb. Brussel 28 december 1987, *Rev. dr. étr.* 1988, 151.

J. MEEUSEN, *doct.*, nr. 720, illustreert a.h.v. Arbh. Brussel 24 mei 1983, *R.W.* 1983-84, 253 en Arbh. Luik 22 oktober 1981, *J.T.T.* 1982, 58, hoe de twijfel over een mogelijke kwalificatie van het artikel als politiewet werd opgevangen door een beroep op de BIPOO-exceptie teneinde de bepaling als *lex fori* toe te passen. Zie ook voor Frankrijk: H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en droit international privé”, *Receuil des cours*, Den Haag, 1991, 236 e.v. Voor Nederland: R.v.St. 10 november 1993, *N.I.P.R.* 1994, 530: weigering van naturalisatie omwille van polygaam huwelijk.

<sup>3</sup> O.m. Rb. Brussel 17 november 1992, A.R. 2743/90, *aangeh.* door CHR. PANIER, “Inédits de droit de la famille”, *J.L.M.B.* 1994, 1436. Ook consulaire polygame huwelijken op Frans (en Belgisch) grondgebied zijn verboden: I. FADLALLAH, “Lien conjugal et rencontre de civilisations”, in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 351. Niettemin wordt ter zake soms tolerantie aan de dag gelegd: zie o.m. Paris 5 april 1990, *D.* 1990, 424, noot F. BOULANGER. Zie ook naar Duits recht: LG Frankfurt am Main 12 januari 1976, *FamRZ* 1976, 217 (*in casu* overigens tussen twee personen van verschillende nationaliteit, een Jordaanse man en een Indonesische vrouw, op de Indonessische ambassade in Bonn). *Contra*: P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé, Polygamie et répudiation*, Genève, Ed. Droz, 1972, 92, die wel de centrale voorrang vooropstelt van de regel *locus regit actum*. Een deel van de Franse rechtsleer bepleit dat andere autoriteiten dan de ambtenaar van de burgerlijke stand zouden worden bevoegd verklaard om polygame huwelijken in Frankrijk te sluiten: Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1988 en 1996, nr. 305; P. MERCIER, *Conflits de civilisations...*, 92; H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en droit international privé”, *Rec. Cours La Haye* 1991, I, 238; Paris 5 april 1990, *D.* 1990, 424, noot J. BOULANGER; Y. LEQUETTE, noot onder T.G.I. Paris 8 april 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 73; meer verwijzingen in B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, Ed. G.L.N. Joly, 1993, 186 e.v. Ter preventie van hinkende rechtsposities zouden polygame huwelijken in het land van het *forum* kunnen worden aangegaan, onder dezelfde voorwaarden als deze die gelden in de staat van het personeel statuut van de betrokkenen.

Een dergelijk voorstel tot verzachting in het familierecht staat haaks op de wetgeving inzake gezinshereniging in de materie: J. DEPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé », in M.C. FOLETS (ed.), *Familles – Islam – Europe*, 83.

2. Ook een polygaam huwelijk dat in het buitenland is aangegaan kan in België worden nietigverklaard op grond van schending van de BIPOO<sup>4</sup>.

De principiële nietigheid van een polygaam huwelijk belet evenwel niet dat er in België, in het kader van een vordering die de vraag naar de geldigheid van het huwelijk niet opwerpt, bepaalde<sup>5</sup> rechtsgevolgen<sup>6</sup> aan kunnen worden toegekend<sup>7</sup>.

Deze gevolgen betreffen o.m. de vaststelling van de afstamming<sup>8</sup>, het recht op

<sup>4</sup> O.m. Rb. Charleroi 1 juni 1963, *R.G.A.R.* 1967, 7909; Rb. Brussel 29 december 1987, *Rev. dr. étr.* 1988, afl. 50, 151; Rb. Mechelen A.R. nr. 99/572/A van 7 oktober 1999, *onuitg.*; Rb. Mechelen A.R. 00/653/A van 4 januari 2001, *onuitg.*; Rb. Antwerpen 16 februari 2001, A.R. 00-3699-A, *onuitg.* Komt de geldigheid van het huwelijk ter sprake, dan is een nietigverklaring of weigering om het huwelijk te erkennen onvermijdelijk. De Franse rechtspraak meent dat een nietigverklaring van huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan niet mogelijk is. De Franse rechter beperkt er zich dan ook toe te weigeren om het huwelijk te erkennen (*cf. infra*). Volgende Belgische uitspraak kan verwondering wekken, aangezien de rechter het niet nodig achtte om na te gaan of effectief bigamie had plaatsgevonden. Uit de inschrijving van het tweede huwelijk leidde hij af dat de geldigheid van het huwelijk niet betwist hoefde te worden: Rb. Antwerpen 12 oktober 2001, 00/3795/A, *onuitg.* Een Belgische man van allochtone afkomst stelde een vordering tot nietigverklaring van zijn huwelijk in. Zijn Filipijnse vrouw was bigaam gehuwd en zou het hebben doen uitschijnen alsof haar eerste echtgenoot bij de tweede huwelijksluiting reeds was overleden. Het overlijden had evenwel slechts plaatsgevonden toen het tweede huwelijk reeds was gesloten. De vrouw bracht aan dat het eerste huwelijk reeds vóór de tweede huwelijksluiting, met de steun van haar tweede echtgenoot, was ontbonden door echtscheiding in Irak. Ze voerde evenwel aan dat het, gelet op de toestand in Irak, onmogelijk was om aldaar de stukken tot staving op te vragen. De eiser opperde dat echtscheiding naar Filippijns recht onbestaande is. De rechter wierp hiertegen op dat het tweede huwelijk was aangegaan volgens de religieuze riten, dat het door de rechtbank van eerste aanleg was geregistreerd, na verklaring van de partners en conform hun personeel statuut en dat de huwelijksakte was neergelegd bij het ministerie van Buitenlandse Zaken. “gelet op de tussenkomst van meerdere terzake bevoegde instanties bij het afsluiten van het huwelijk, mag worden aangenomen dat was voldaan zowel aan de grondvereisten als aan de plaatselijke vormvereisten om een geldig huwelijk af te sluiten. (...) dat nergens uit blijkt dat mevrouw het zou hebben doen voorkomen dat haar eerste echtgenoot reeds overleden was”. De vordering werd ongegrond verklaard.

<sup>5</sup> Dit onderscheid in reactie t.a.v. polygame huwelijken naargelang van het betrokken gevolg, wordt gehanteerd door zowat alle rechters en auteurs van rechtsstelsels die de monogamie centraal stellen: L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1974, 159.

<sup>6</sup> Een erkenning van het polygame huwelijk als dusdanig is uitgesloten aangezien het principe zelf onverzoenbaar is met onze BIPOO, ook wanneer het huwelijk is aangegaan in het buitenland. Zie evenwel: AG Heidelberg 15 januari 1985, *IPRax* 1986, 164, bevestigd door OLG Karlsruhe 12 juli 1985, *IPRax* 1986, 166: het polygame huwelijk werd niet nietigverklaard omdat de vrouw geen Duits sprak en leefde in een culturele cirkel die haar vreemd bleef.

<sup>7</sup> Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42, noot F.B.; Vred. Sint-Gillis 5 april 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 662; Rb. Brussel 20 november 1990, *J.T.* 1991, 283, noot X., *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOLETS; Corr. Luik 22 december 1969, *J.L.M.B.* 1969-70, 163, hervormd door Luik 23 april 1970, *R.C.J.B.* 1971, 5, noot G. VAN HECKE, “Le mariage polygamique devant les Tribunaux belges”, *J.L.M.B.* 1969-70, 273.

<sup>8</sup> Brussel 26 oktober 1983, *T. Vreemd.* 1985, 29 (Het Hof baseerde zich op een beperking van de interventie van de exceptie van openbare orde, om te komen tot een oordeel over het effect van de buitenlandse wet t.a.v. het beschermde sociale belang, *in casu* het belang van het kind); Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42, noot F.B.

levensonderhoud<sup>9</sup>, erfrecht<sup>10</sup>, het recht op kinderbijslag<sup>11</sup> en eventuele schadevergoeding bij het overlijden van de echtgenoot<sup>12</sup>.

3. Opdat een polygaam huwelijk rechtsgevolgen in België zou kunnen ressorteren, is niet vereist dat het personeel statuut van elk van de betrokkenen polygamie toelaat<sup>13</sup>. Het huwelijksbeletsel van de polygamie is een unilateraal huwelijksbeletsel<sup>14</sup>. Het volstaat m.a.w. niet dat het personele statuut van één van de betrokken vrouwen<sup>15</sup> polygamie verbiedt om een polygame gezinsrelatie *de iure* af te wijzen. Slechts door expliciete tussenkomst van de exceptie van

<sup>9</sup> Rb. Luik 26 juni 1975, *J.L.M.B.* 1975-76, 163; Vred. Sint-Gillis 5 april 1990, *J.T.* 1990, 662. *Contra*: Rb. Brussel 20 november 1990, *Rev.dr.étr.* 1990, 351, noot M.C. FOLETS; Frankrijk: Cass. fr. 28 januari 1958 (arrest-Chemouni), *R.C.D.I.P.* 1958, 110, noot JAMBU-MERLIN, *Clunet* 1958, 776, noot PONSARD.

<sup>10</sup> O.m. Cass. fr. civ. 3 januari 1980, *R.C.D.I.P.* 1980, 331, noot H. BATIFFOL.

<sup>11</sup> Arbh. Antwerpen 22 oktober 1985, *J.T.T.* 1986, 29.

<sup>12</sup> Luik 19 februari 1952, *R.C.J.B.* 1953, 253, noot P. DE VISSCHER; Rb. Hasselt 18 februari 1966, *R.G.A.R.* 1967, 7867, noot S.R.; zie later ook: Luik 23 april 1970, *R.C.J.B.* 1971, noot G. VAN HECKE.

<sup>13</sup> Zie evenwel recent: Cass. fr. 24 september 2002, *J.C.P.* 2002, Somm. IV 2706: "effet atténué" wordt slechts verleend als de personele wet van beide betrokkenen polygamie toelaat. *In casu* bezat de vrouw evenwel ten tijde van het huwelijk de Franse nationaliteit. Er was m.a.w. sprake van een sterke *Inlandsbeziehung*. Dat neemt niet weg dat het Hof zich in algemene termen lijkt te hebben uitgesproken over het bilaterale karakter van de vereiste.

<sup>14</sup> J. MEEUSEN, *doct.*, randnr. 7; B. BOURDELOIS, *doct.*, 21 en 33. Bij meerdere nietigverklaringen van in Frankrijk gesloten huwelijken, steunde de rechter zich slechts op de weigering om dergelijke huwelijksluiting in Frankrijk te laten plaatsvinden, en niet op de Franse nationaliteit van de betrokken vrouw: T.G.I. Seine 21 juni 1967, *R.C.D.I.P.* 1968, 294, noot H. BATIFFOL; Reims 19 januari 1976, *J.D.I.* 1976, 916, noot I. FADLALLAH; Lyon 21 mei 1974, *D.* 1975, 9, noot P. GUIHO. *Contra*: Corr. Brussel 12 juni 1953, *J.D.I.* 1954, 438, *Pas.* 1954, III, 60 (impliciet: de rechter riep niet alleen het clandestiene karakter van het in België gesloten polygame huwelijk in, maar ook de Franse nationaliteit van de vrouw wiens personele statuut polygamie verbiedt); Brussel 10 april 1979, *J.T.* 1979, 612; buitenlandse rechtspraak: Cass. fr. 14 februari 1929, *J.D.I.* 1929, 711; Cass. fr. 24 september 2002, *J.C.P.* 2002, Somm. IV 2706; T.G.I. Seine 21 juni 1967, *R.C.D.I.P.* 1968, 294, noot H. BATIFFOL; Rheims 19 januari 1976, *J.D.I.* 1976, 916, noot I. FADLALLAH; Paris 14 juni 1995, *D.* 1996, 156, noot F. BOULANGER; OLG Celle 18 oktober 1957, *IPRspr.* 1957, nr. 98, bevestigd door BGH 11december 1957, *FamRZ* 1958, 168. Eveneens *contra*: I. FADLALLAH, "Lien conjugal et rencontre de civilisations", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (ed.), *Le statut personnel des musulmans*, Brussel, Bruylant, 1992, 350; J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations", in ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL, *Recueil des cours*, IV, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1990, 163, noot 225; G. KEGEL, *Internationales privatrecht*, o.c., 509; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, 323. Lange tijd ook opteerde Engelse rechtspraak voor een impliciete kwalificatie als bilateraal beletsel door niet te aanvaarden dat een huwelijk potentieel polygaam was wanneer de eerste echtgenote een monogaam statuut had (zie hierover o.m. B. BOURDELOIS, *doct.*, 35-49; H. MUIR-WATT, (Boekbespreking DICEY en MORRIS, *The conflict of laws*, London, 1988), *R.C.D.I.P.* 1988, 823; F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J. 1996, 340 (personeel statuut tweede vrouw); voorstel tot kwalificatie als bilateraal beletsel: *Juris-Classeur de droit international*, VII, fasc. 546-A, Mariage, Introduction générale, Conditions de fond, nr. 75 e.v.

<sup>15</sup> Kwalificeert men het beletsel als bilateraal beletsel, dan kan het personeel statuut van de tweede echtgenote een erkenning van enig rechtsgevolg van de polygame gezinsverhouding beletten wanneer haar nationale rechtsorde polygamie verbiedt. Kwalificeert men het beletsel als trilateraal, dan kan ook het verbiedende personele statuut van de eerste echtgenote de erkenning van elk rechtsgevolg verhinderen.

openbare orde, kan de erkenning op grond van de sterke intensiteit waarmee de situatie aanknoopt bij de Belgische rechtsorde worden geweigerd. Niettemin hebben meerdere rechters het reeds onnodig bevonden om hun weigering te steunen op het criterium van de openbare orde<sup>16</sup>.

4. De keuze om het huwelijksbeletsel te kwalificeren als een unilateraal beletsel hoeft niet in tegenspraak te zijn met het gewicht dat onze rechtspraak eraan toekent. Ook een andere fundamentele huwelijksvereiste, m.n. de voorwaarde naar intern recht dat de huwelijkspartner nog in leven is op het ogenblik van de huwelijkssluiting, werd reeds als een louter unilateraal huwelijksbeletsel gekwalificeerd. In België werd op die wijze alvast de geldigheid erkend van een in Frankrijk gesloten postuum huwelijk, waarbij een Belg betrokken was<sup>17</sup>.

5. Gezien het beperkte aantal rechterlijke uitspraken over polygame gezinssituaties dat vooralsnog is gepubliceerd, hebben we ons onderzoek uitgebreid tot alle gepubliceerde rechtspraak in de materie sinds de jaren 1960.

## **A. RECHTSPRAAK INZAKE DE POSITIE VAN DE ECHTGENOTES IN EEN POLYGAME GEZINSSITUATIE**

### **A.1. HET DUBBELE CORRECTIEMECHANISME VAN DE VERZACHTTE WERKING VAN DE OPENBARE ORDE EN DE INLANDSBEZIEHUNG**

#### **A.1.A. DE ROL VAN DE *INLANDSBEZIEHUNG* BIJ ERKENNINGSBESLISSINGEN**

##### **\* *De effet atténué-theorie***

6. Het Franse arrest-Chemouni ligt aan de grondslag van de theorie<sup>18</sup> van het

16 Brussel 10 april 1979, *J.T.* 1979, 612; Rb. Brussel 20 november 1990, *J.T.* 1991, 283, noot (*in casu* was evenwel één van de betrokkenen Belg); Corr. Brussel 12 juni 1953, *Pas.* 1954, III, 60 (*in casu* was evenwel één van de betrokkenen Belg); Rb. Brussel 15 januari 1986, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 22, hervormd door Brussel 27 juni 1988, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 22; Rb. Brussel 29 december 1987, *Rev. dr. étr.* 1988, 151; Rb. Brussel 20 november 1990, *J.T.* 1991, 283, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOLETS, ter hervorming van Vred. Sint-Gillis 5 april 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 662; Brussel 9 mei 1995, *A.J.T.* 1995-96, 149: een niet erkende echtscheiding staat een tweede huwelijk in de weg; Rb. Antwerpen A.R. 98/3431/A, 14 september 1998, *onuitg* (nietigverklaring tweede huwelijk, aangezien eerste huwelijk met Franse niet ontbonden was). J. DE CEUSTER en S. REICH, "Internationaal privaatrecht midden 1978 t/m 1979", *R.W.* 1980-81, 2111; J. ERAUW, F. BOUCKAERT, M. CLAEYS, K. LAMBEIN, W. WAUTERS en B. WYLLEMAN, "Overzicht van rechtspraak (1985-1992). Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht", *T.P.R.* 1993, 534; B. HANOTIAU, "Examen de jurisprudence – droit international privé - les personnes et les relations familiales", *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 241; G. VAN HECKE en F. RIGAUX, "Droit international privé (conflit de lois). Examen de jurisprudence (1970-1975)", *R.C.J.B.* 1976, 230.

<sup>17</sup> Cass. 2 april 1981, *R.W.* 1982-83, 922, noot J. ERAUW, *De Verz.* 1982, 357, noot R.B., *Pas.* 1981, I, 835, concl. J. VELU, *Bull.* 1981, 835, concl. J. VELU; Luik 6 februari 1980, *De Verz.* 1982, 365, *J.T.* 1980, 492, noot, *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 274; Rb. Aarlen 16 januari 1973, *De Verz.* 1982, 358.

<sup>18</sup> Deze dateert van het arrest-Rivière 17 april 1953, *R.C.D.I.P.* 1953, 413, noot H. BATIFFOL.



'effet atténué de l'ordre public' inzake polygamie<sup>19</sup>. Ook al bevindt rechtspraak in de Europese lidstaten de sluiting van een polygaam huwelijk op het eigen grondgebied strijdig met de openbare orde en is bigame huwelijkssluiting in België strafbaar voor eenieder, uit eerbied voor het rechtsgeldige ontstaan van een polygaam huwelijk in het buitenland werden – zoals we in het vorige deel reeds hebben aangetoond voor het socialezekerheidsrecht – in het verleden reeds bepaalde rechtsgevolgen van het polygame huwelijk<sup>20</sup> in België erkend, tenzij de B.I.P.O.O. zich hiertegen verzette omwille van een sterke aanknopng van de situatie bij de Belgische rechtsorde<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Cass. fr. 28 januari 1958, *R.C.D.I.P.* 1958, 110, noot JAMBU-MERLIN, *D.* 1958, 265, noot LENOAN, *J.C.P.* 1958, II, 10.488, noot LOUIS-LUCAS, *J.D.I.* 1958, 776, noot PONSARD: "La demanderesse tendait uniquement à se voir reconnaître un droit découlant de sa qualité d'épouse légitime, qualité acquise sans fraude en Tunisie, en conformité avec sa loi nationale compétente". In dezelfde zin: T.G.I. Seine 16 oktober 1967, *J.D.I.* 1969, 406, noot PH. KAHN; T.G.I. Paris 17 juni 1972, *R.C.D.I.P.* 1975, 62, noot I. FADLALLAH; Cass. fr. 3 januari 1980, *R.C.D.I.P.* 1980, 331, noot H. BATIFFOL, *J.D.I.* 1980, 327, noot M. SIMON-DEPITRE, *D.* 1980, 549, noot E. POISSON-DROCOURT.

<sup>20</sup> Het polygame huwelijk *in se* wordt niet erkend. Uitzonderlijk werd reeds de geldigheid erkend van een polygaam huwelijk dat in Frankrijk was aangegaan, m.n. op een consulaat op Frans grondgebied: T.G.I. Paris 8 april 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 73, noot Y. LEQUETTE (N.a.v. een strafvordering wegens bigamie had de rechter impliciet een onderscheid gemaakt tussen de burgerrechtelijke geldigheid van het polygame huwelijk, die zijns inziens niet betwist moest worden aangezien dat huwelijk regelmatig was aangegaan volgens de 'règle coutumière de droit international public (consacrée par la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires)', en anderzijds de strafbaarheid van een bigame huwelijkssluiting in Frankrijk, ook als deze op een consulaat plaatsvond. Nochtans moest over de geldigheid van het huwelijk niet worden besloten, opdat de huwelijkssluiting aanleiding kon geven tot een strafvervolgng. De strafbepaling is immers initieel voor eigen onderdanen ingesteld, die in de andere hypothese nooit vervolgd zouden kunnen worden, aangezien een bigaam huwelijk in hun geval nooit rechtsgeldig is. De uitspraak leidt tot de vreemde conclusie dat een burgerrechtelijk geldige rechtshandeling strafrechtelijk wordt vervolgd. Deze overweging speelt mee in onze opvatting dat de openbare orde zich redelijkerwijze verzet tegen een erkenning van een in Frankrijk (of België) aangegaan polygaam huwelijk); Paris 5 april 1990, *D.* 1990, 424, noot D. BOULANGER (de rechter had evenwel beklemdtoond dat het niet een nieuw huwelijk betrof, maar 'la consolidation d'une union marocaine antérieure'. De partijen waren voorheen reeds gehuwd geweest; de latere verstoting werd nu herroepen); Duits I.P.R.: LG Frankfurt 12 januari 1976, *FamRZ* 1976, 217. *Contra*: Paris 6 juni 1994, *D.* 1994, IR, 177; H. KOTZUR, *Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen: dargestellt am Beispiel deutsch-maghrebinischer Verbindungen*, Tübingen, Mohr, 1988, 100 (strafbaar in toepassing van §171 StGB).

In Duitsland wordt een consulaar huwelijk stelselmatig gelijkgeschakeld met een huwelijk dat in het buitenland is aangegaan. Op die manier kunnen polygame huwelijken op Duits grondgebied worden aangegaan: LG Frankfurt, *IPRspr* 1976, nr. 53. Ook bepaalde Belgische auteurs pleiten voor de erkenning van polygame huwelijken die consulaar in België zijn aangegaan: N. WATTE, o.c., 218. *Contra*: P. RIGAUX, *Traité II*, nr. 913.

<sup>21</sup> O.m. F. RIGAUX, *Droit international privé*, tome I, Brussel, Larcier, 1977, nr. 480; P. GRAULICH, noot onder Luik 23 april 1970, *Rev. crit. d.i.p.* 1975, 54; G. VAN HECKE, noot onder Luik 23 april 1970, *R.C.J.B.* 1971, 5; J. DE CEUSTER, "Internationaal privaatrecht 1975-78", *R.W.* 1978-79, 2589; R. VANDERELST, "Droit international privé", in *Répertoire notarial*, Brussel, Larcier, tome XIV, april 1977, 160; H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, Ed. librairie générale droit et jurisprudence, 1976, nr. 415; P. MERCIER, *Conflits de civilisation et droit international privé, Polygamie et répudiation*, Genève, Ed. Droz., 1972; M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos de la polygamie", *Ann. dr. louv.* 1983, 242 e.v. Zie ook een pleidooi in die zin door A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme", in E.M. MEIJERS INSTITUUT (ed.), *Sociale cohesie en het recht*,

De verzachte werking van de exceptie van openbare orde bestaat erin dat de Belgische rechter rekening houdt met de mate waarin onze rechtsorde is verbonden met de polygame situatie. De rechter beperkt zijn onderzoek tot de vraag of de gevolgen waarvan erkenning wordt gevraagd al dan niet strijdig zijn met de openbare orde<sup>22</sup>, en of – tengevolge van de intensiteit van de aanknopings van de situatie bij de Belgische rechtsorde – de ‘monogame belangen’ van één van de partijen moeten worden beschermd. Op die manier wordt in zekere mate rekening gehouden met het gegeven dat bepaalde rechten reeds in het buitenland zijn verworven<sup>23</sup>.

7. Bepaalde auteurs menen dat de *effet atténué*-theorie te liberaal is opgevat. Het gegeven dat het polygame huwelijk wordt beheerst door een buitenlandse wet belet volgens deze auteurs niet dat de BIPOO zich kan verzetten tegen elk mogelijk rechtsgevolg van een situatie die tegen de openbare orde ingaat<sup>24</sup>. Een verzachte werking zou slechts verantwoord zijn voor zover noch het eigen grondgebied, noch de eigen rechtsorde direct zijn betrokken. Telkens wanneer om de erkenning van een rechtsgevolg binnen de Belgische rechtsorde wordt verzocht, is deze noodzakelijkerwijze (te)zeer betrokken bij de polygame huwelijksituatie. De openbare orde moet in de logica van deze opvatting bijgevolg weer in zijn geheel werken. De enige verzachting bestaat erin dat niet de *buitenlandse wet* wordt getoetst aan de openbare orde, maar haar *toepassing in concreto*<sup>25</sup>.

#### **\* De corrigerende werking van de Inlandsbeziehung**

8. *Begrip.* We kunnen twee grote bekommernissen onderscheiden. Enerzijds moet voldoende eerbied worden opgebracht voor een buitenlandse wet wanneer slechts om de erkenning van ‘onschuldige’ rechtsgevolgen ervan wordt verzocht. Anderzijds moet voldoende voorzichtigheid aan de dag worden gelegd, opdat de

---

Vermande, E.M. MEIJERS Instituut, 1998, 141-142, ook m.b.t. Belgische (Nederlandse) vrouwen die nauwelijks nog banden hebben met hun land van herkomst en die zijn geïntegreerd in een Staat die polygame gezinsverbanden toelaat.

<sup>22</sup> Bv. wanneer ze niet enkel wijzen op het bestaan van een polygaam huwelijk, maar het huwelijk tevens personen van hetzelfde geslacht zou betreffen of wanneer er sprake zou zijn van een kinderhuwelijk: B. BOURDELOIS, *doct.*, 227.

<sup>23</sup> Rb. Brussel 2 juni 1951, *Pas.* 1952, II, 7; B. AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 1991, 263; A. BUCHER, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Rec. Cours* 1993, 51; J. DE CEUSTER en K. LENAERTS, “Inleidend hoofdstuk”, in J. GERLO, A. HEYVAERT, J. PAUWELS en P. SENAËVE (ed.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, nr. 91; J. ERAUW, *Beginnelen van internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985; J. MEEUSEN, o.c., 277; F. RIGAUX, *Droit international privé I. Théorie générale*, Brussel, Larcier, 1987, 353.

<sup>24</sup> P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1991, nr. 210, 142.

<sup>25</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ 1959, 164-165; H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, I, 1981, 412; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 1988, 403; P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 130. In dezelfde zin: Cass. 17 februari 1982, arrest-Baaziz, *R.C.D.I.P.* 1983, 375, noot Y. LEQUETTE, *J.D.I.* 1983, 606, noot PH. KAHN (bevestiging van uitspraak in hoger beroep).

nauwe band van de situatie met onze rechtsorde niet de indruk zou wekken dat de polygame situatie *in se* wordt erkend. Het criterium dat het best tegemoetkomt aan beide bekommernissen is dat van de corrigerende werking van de *Inlands- of Binnenbeziehung*<sup>26</sup>.

**9. Evaluatie.** Sommige auteurs<sup>27</sup> verwijten deze techniek een te grote subjectiviteit. Dit verwijt is o.i.<sup>28</sup> onterecht en wel om volgende reden. Onze rechtsorde wordt, ingevolge de verzachte werking van de BIPOO, minder geraakt door de toepassing van *in se* 'verwerpelijk' buitenlands recht wanneer de situatie weinig banden vertoont met onze rechtsorde en slechts om de erkenning van bepaalde rechtsgevolgen wordt verzocht. Het langdurige verblijf van één van de partijen op het grondgebied van het *forum* verleent daarentegen een nauwe aanknoping met de aangesproken rechtsorde. Deze interne lokalisatie van de voorliggende rechtssituatie zal de werking van de exceptie van openbare orde terecht aanwakkeren<sup>29</sup>. Dreigt hierbij toch nog een zekere subjectiviteit, dan

<sup>26</sup> Cf. *supra*, deel 2B: mechanisme waarbij wordt aangeknoopt bij de *lex fori* (desgevallend na inroeping van de BIPOO-exceptie) op grond van de nauwe banden van de situatie met de rechtsorde van het *forum*. Deze nauwe banden worden vooralsnog overwegend gesteund op de nationaliteit van één van de partijen. Ook het verblijfsstatuut begint evenwel doorgang te vinden als criterium.

<sup>27</sup> H. GAUDEMET-TALLON, noot onder Cass. fr. 19 juli 1979, *R.C.D.I.P.* 1980, 97; D. ALEXANDRE, noot onder Paris 11 juli 1978, *J.D.I. Clunet* 1979, 610 en noot onder Cass. fr. 1 april 1981, *J.D.I. Clunet* 1981, 824; P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 355. *Contra*: Rb. Brussel 20 november 1990, *J.T.* 1990, 283; P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *Rec. Cours La Haye* 1986, I, 109 en noot onder T.G.I. Paris 23 april 1979, *R.C.D.I.P.* 1980, 90; J. ERAUW, *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1997, 118; W. WAUTERS en K. WAUTERS-LAMBEIN, "De exceptie van de internationale openbare orde (I.O.O.). Enkele toepassingen in het I.P.R.", *T.G.R.* 1995, 133.

<sup>28</sup> Evenals in de ogen van o.m.: J. ERAUW, B. BOUCKAERT, M. CLAEYS, K. LAMBEIN, W. WAUTERS en B. WYLLEMAN, "Overzicht van rechtspraak (1985-1992). Internationaal privaatrecht en Nationaliteitsrecht", *T.P.R.* 1993, 534-535; G. VAN HECKE en F. RIGAUX, "Droit international privé (conflits de lois). Examen de jurisprudence (1970-1975)", *R.C.J.B.* 1976, 229; W. WAUTERS en K. WAUTERS-LAMBEIN, *l.c.* (*T.G.R.* 1995), 133. Franse rechtspraak: Cass. fr. 6 juli 1988 (arrest Baaziz), *R.C.D.I.P.* 1989, 79 en 81, noot Y. LEQUETTE. *Contra*: Cass. fr. 1 april 1981, *J.D.I.* 1981, 812, noot D. ALEXANDRE; M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos de la polygamie", *Ann. dr. louv.* 1983, 244-245, daarentegen stelt voor om de eerste vrouw te responsabiliseren en haar een monogamieclausule in het huwelijkcontract te laten opnemen, bij gebreke waaraan ze steeds de mogelijkheid heeft een vordering tot echtscheiding en schadevergoeding in te stellen; P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 271 en 282; S. POULTER, "Les systèmes juridiques en Europe et les populations musulmanes", in M. CL. FOLETS (ed.), *Familles - islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 55.

<sup>29</sup> Zie o.m. Cass. 26 september 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 92; Cass. 13 januari 1978, *Arr. Cass.* 1978, 568; Cass. 24 februari 1938, *Pas.* 1938, I, 66; Arbh. Brussel 24 mei 1983, *R.W.* 1983-84, 253; Arbh. Luik 22 oktober 1981, *J.T.T.* 1982, 58; Gent 19 juni 1962, *R.W.* 1962-63, 845, kritische noot F. BOUCKAERT; Brussel 24 mei 1954, *R.C.J.B.* 1955, 107, noot G. VAN HECKE; Brussel 19 maart 1952, *Pas.* 1952, II, 18; Rb. Brussel 16 juni 1992, *J.L.M.B.* 1993, 1208, noot A. NUYTS; Rb. Namen 17 mei 1990, *Rev. Trim. dr. fam.* 1990, 431; Rb. Brussel 30 april 1990, *T. Vreemd.* 1990, nr. 58, 25; Rb. Brussel 31 januari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 42, noot M. FALLON; Rb. Brussel 7 januari 1987, *J.T.* 1988, 176; Vred. Marchienne-au-Pont 1 september 1986, *T. Vred.* 1987, 173; Rb. Antwerpen 2 november 1983, *T. Vred.* 1986, 114, noot J. ERAUW; Jeugdrb.

wordt deze tijdig getemperd door de gelijkheidstoets.

**10. Voorstel om de notie te verruimen met aandacht voor het verblijfstatuut.** Eerder dan dat de *Inlandsbeziehung* de bestaande verwijzingsregel zou wijzigen<sup>30</sup>, stellen we voor dat ze algemeen de rol zou vervullen van corrigerend mechanisme<sup>31</sup>. Naar ons voorstel, dat hieronder wordt besproken (hoofdstuk 2), moet de *Inlandsbeziehung* worden getoetst aan het criterium van het stabiel verblijf en in haar toepassing niet langer beperkt blijven tot het criterium van de nationaliteit<sup>32</sup>.

**11. Het nadeel van een beperking tot het criterium van de nationaliteit** Het bilaterale Frans-Marokkaanse Verdrag<sup>33</sup> heeft het criterium van de *Inlandsbeziehung* reeds impliciet in zijn regeling vervat. Zo ressorteert de verstoting van een Marokkaanse vrouw in Frankrijk wel *de iure* dezelfde gevolgen als een echtscheiding, maar gebeurt dat bij de verstoting van een Franse vrouw slechts als zij daar expliciet om verzoekt<sup>34</sup>.

De *Inlandsbeziehung* beperkt zich hier evenwel tot de nationaliteit van de betrokkenen. Met stabiel verblijf (*cf. infra*, ons eigen voorstel) wordt geen rekening gehouden. Dit impliceert o.m. dat de man een verstoting van zijn Marokkaanse echtgenote in Marokko kan verkiezen boven een vordering tot echtscheiding in Frankrijk. Hierdoor kan hij ontsnappen aan de betaling van een onderhoudsuitkering. Bij echtscheiding in Frankrijk zou hij daar wél toe worden veroordeeld. Dergelijke ontsnappingsmogelijkheid is o.i. strijdig met het gelijkheidsbeginsel als de vrouw reeds stabiel verblijf houdt in Frankrijk. De huidige Franse en Belgische<sup>35</sup> regeling laten evenwel niet toe dat tegen de echtgenoot '*fraude à la loi*' of '*fraude à la juridiction*' wordt ingeroepen. Het

---

Brussel 12 mei 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 198; Jeugdrb. Brussel 23 juli 1980, *Adm. Jur. Inf.* 1981, 17; Jeugdrb. Brussel 12 maart 1969, *J.T.* 1969, 372.

<sup>30</sup> o.m. D. ALEXANDRE, "L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français", in R. GANGHOFER (ed.), *Le droit de la famille en Europe: son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaires, 1992, 105-118.

<sup>31</sup> O.m. V. VAN DEN EECKHOUT, *doct.*, 87: "systematische correctie van een verwijzingsregel mits de techniek van de openbare orde".

<sup>32</sup> Kritiek op deze huidige beperkende praktijk rees o.m. bij J. DE CEUSTER en S. REICH, "Internationaal privaatrecht midden 1978 t/m 1979", *R.W.* 1980-81, 2111. De auteurs stelden toch de voorzichtige vraag of we er zomaar vanuit kunnen gaan dat een personeel statuut dat een monogaam huwelijk vooropstelt primeert op een personeel statuut dat polygamie toelaat.

<sup>33</sup> Verdrag 10 augustus 1981, goedgekeurd bij Wet 10 juni 1982, *J.O.* 1 juni 1983. Besproken door F. MONEGER, *R.C.D.I.P.* 1984, 29-69 (lees kritiek op eind artikel, evenals p. 41, 46, 51, 59 en 61) en *R.C.D.I.P.* 1984, 267-288; P. DECROUX, *J.D.I. Clunet* 1985, 49-101 (lees kritiek op p. 50, 62, 66, 98 en 99).

<sup>34</sup> Pre-ambule Verdrag. Art. 9 verwijst voorts naar de wet van gemeenschappelijke nationaliteit, of bij gebreke, naar die van de gemeenschappelijke (laatste) domicilie.

<sup>35</sup> Ook al wordt de praktijk van de verstoting naar Belgisch recht niet erkend door een bepaling van materieel recht – in tegenstelling tot Frankrijk, waar bij bilateraal akkoord de geldigheid van de verstoting is vastgesteld (*cf. supra*, dit randnr. *in initio*) – noch (impliciet) toegestaan, de man handelt perfect conform zijn personeel statuut, dat door het Belgische I.P.R. als bevoegd in de materie wordt aangeduid. Wel komt de exceptie van openbare orde tussen zodra de rechten van de verdediging, en de andere voorwaarden, zoals opgesomd in art. 570 Ger. W., niet zijn vervuld.

Verdrag laat evenmin toe dat de erkenning van de verstoting stelselmatig afhankelijk zou worden gesteld van een aangepaste onderhoudsplicht. De gemeenrechtelijke regeling is ter zake soepeler voor vreemdelingen met een andere nationaliteit. De rechter kan t.a.v. Marokkanen slechts geval per geval een voorbehoud formuleren, a.h.v. de openbare-ordeclausule in art. 4 van het Verdrag.

**12. Het voordeel van een verrijking met het criterium 'stabiel verblijf'** Een verrijking van de *Inlandsbeziehung*<sup>36</sup> met het criterium 'stabiel verblijf' biedt een alternatief voor de '*clause spéciale d'ordre public*'<sup>37</sup> en heeft bovendien als voordeel dat het correctiemechanisme niet voorbijgaat aan zijn oorspronkelijke doelstellingen. Er is immers kritiek gerezen op het gebruik van een *clause spéciale d'ordre public* wanneer die wordt ingeroepen t.b.v. een argument dat slechts op nationaliteit stoelt. De openbare orde moet voor eenieder gelden en moet gesteund zijn op de bescherming van een mensenrecht<sup>38</sup>. Bovendien brengt dergelijke *clause spéciale* niet alleen de internationale beslissingsharmonie in gevaar, maar negeert ze bovendien op voorhand reeds het internationaal-privaatrechtelijke aspect van de situatie.

**13. De *Inlandsbeziehung* kent reeds een sterke navolging** wanneer eigen onderdanen in een privaatrechtelijk geschil zijn betrokken, bovenal wanneer de regels en principes die *in concreto* voorliggen van groot belang worden geacht<sup>39</sup>. Heeft één van de echtgenotes in een polygaam huwelijk de nationaliteit van de Staat van het *forum*, dan wordt sinds jaren de exceptie van openbare orde ingeroepen tegen elk gevolg van dat polygame huwelijk, omwille van de sterke band die het geschil heeft met het *forum*<sup>40</sup>. Ook in Frankrijk, waar de leer van het *effet atténué* zijn oorsprong heeft gevonden, blijkt uit o.m. rechtspraak van het Hof van Cassatie d.d. 1 april 1981<sup>41</sup> dat het criterium van de *Inlandsbeziehung*

<sup>36</sup> Een correctiemechanisme dat voor het eerst in het Duitse recht werd gehanteerd: P. CULLMANN, "Anerkennung polygamer Ehen in der Bundesrepublik Deutschland", *FamRZ.* 1976, 313.

<sup>37</sup> Vb. § 12 Duitse EGBGB: elk buitenlands recht dat een inbreuk maakt op de huwelijksvrijheid en waarbij een partij een band heeft met Duitsland, wordt beoordeeld naar Duits recht en § 17 EGBGB: een vordering tot echtscheiding wordt beoordeeld naar Duits recht mits één partij de Duitse nationaliteit heeft op het ogenblik van de aanklacht of had op het ogenblik waarop het huwelijk was aangegaan.

<sup>38</sup> J. KROPHOLLER en P.H. NEUHAUS, *Internationales privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1997, §36 IV, 2.

<sup>39</sup> J. MEEUSEN, o.c., 278.

<sup>40</sup> Brussel 26 oktober 1983, *T. Vreemd.* 1983, afl. 36-37, 29; Luik 23 april 1970, *Pas.* 1970, II, 183; *R.C.J.B.* 1971, noot G. VAN HECKE; Rb. Brussel 17 november 1992, A.R. 2743/90, *aangeh.* door CHR. PANIER, "Inédits de droit de la famille", *J.L.M.B.* 1994, 1436; Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42; Rb. Brussel 20 november 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOLETS; Rb. Brussel 28 december 1987, *Rev. dr. étr.* 1988, 151; Rb. Luik 26 juni 1975, *J.L.M.B.* 1976, 163; Corr. Brussel 12 juni 1953, *Pas.* 1954, III, 60.

<sup>41</sup> Cass. fr. 1 april 1981, *J.D.I.* 1981, noot D. ALEXANDRE; Cass. fr. 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 71, noot Y. LEQUETTE; Cass. fr. 10 februari 1993, *J.D.I. Clunet* 1994, 124, noot BARRIERE-BROUSSE en *R.C.D.I.P.* 1993, 620, noot J. FOYER (inzake afstamming); E. FOHRER, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Brussel, Bruylant, 1999, 65; P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face

mee in rekening wordt genomen<sup>42</sup>.

14. Zoals we reeds hebben gesteld, is een ruimere invulling van de *Inlandsbeziehung* wenselijk. De beoordeling van de mate waarin de situatie aanknoopt bij de eigen rechtsorde kan niet louter gebeuren a.h.v. het criterium 'nationaliteit'.

15. Een arrest van het Hof van Luik van 1975<sup>43</sup> illustreert evenwel dat de gewenste verruiming ook in België nog geen doorgang vindt. De zaak die voorlag betrof een Italiaanse vrouw en haar Marokkaanse echtgenoot die inmiddels een tweede, polygaam huwelijk was aangegaan in Marokko. De eerste vrouw en haar echtgenoot verbleven reeds sinds zes jaar in België, *i.e.* reeds sinds vóór hun huwelijksluiting (het eerste huwelijk van de man). De man wilde zijn onderhoudsplicht t.a.v. de eerste echtgenote herroepen zien en steunde zich daartoe op zijn tweede huwelijk. De rechter weigerde om hem te ontheffen van zijn plichten n.a.v. het eerste huwelijk, maar verwierp zijn vordering niet volledig: hij verminderde de onderhoudsplicht, rekening houdend met de lasten van zijn tweede huwelijk. 'Le second mariage de l'appelant est sans incidence, mais il constitue une charge admissible, ainsi que l'accueil, chez lui, de plusieurs personnes de sa famille'.

Met deze uitspraak bevond de rechter de betreffende gevolgen van het polygame huwelijk verenigbaar met de Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde.

De situatie knoopte o.i. nochtans voldoende intens aan bij de Belgische rechtsorde om te opteren voor een toepassing van de *lex fori*. Het personeel statuut van de eerste Italiaanse echtgenote verbood polygamie en zowel zijzelf als haar echtgenoot verbleven reeds sinds geruime tijd in België, voldoende lang

---

à la polygamie et à la répudiation", in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 271.

<sup>42</sup> Zie eveneens: Cass. fr. 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 71, noot Y. LEQUETTE; Cass. 10 februari 1993, *J.D.I.* 1994, 124, noot I. BARRIERE-BROUSSE, *R.C.D.I.P.* 1993, 620, noot J. FOYER; H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, Ed. librairie générale droit et jurisprudence, 1993, 576; D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, 296; P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public face à la polygamie et à la répudiation", in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 271; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *Droit international privé*, 1993, 278. Uit latere rechtspraak blijkt evenwel dat het Franse hof van cassatie dergelijke verruimde visie niet tot algemene regel heeft verheven. *In casu* heeft de nationaliteit een doorslaggevende rol gespeeld, bovendien tegen de onherroepelijk bevestigde geldigheid van het polygame huwelijk in. In een zaak waar de moeder van een Frans kind een onderzoek naar het vaderschap van haar kind wilde instellen en zowel de vermoedelijke vader als zijzelf (zij het slechts na de geboorte van het kind), de Franse nationaliteit hadden en er gedomicilieerd waren, werd niettemin besloten het personele statuut van de moeder bij de geboorte van het kind toe te passen, *i.e.* het Algerijnse recht, dat een dergelijk onderzoek verbiedt: Cass. 3 november 1988, *J.C.P.* 1988, IV, 3. LEQUETTE betreurt deze oplossing aangezien alle aanknopingspunten op Frankrijk wezen en bovendien het resultaat, onmogelijkheid van een onderzoek naar het vaderschap, niet langer toelaatbaar is in het licht van het arrest-Marckx.

<sup>43</sup> Luik 26 juni 1975, *J.L.* 1975-76, 163.

om van stabiel verblijf te spreken. Het gegeven dat het eerste huwelijk op het Marokkaanse consulaat was aangegaan, kan geenszins de aanknoping bij de Belgische rechtsorde minder intens maken: een persoon wiens personeel statuut polygamie verbiedt, kan nooit instemmen met een opvolgend polygaam huwelijk van haar echtgenoot. Geen enkele rechtshandeling kan daar verandering in brengen. Een andere opvatting is strijdig met de openbare orde.

Zoals we hieronder nader uitwerken, vormde bovendien het voorwerp van de vordering, de ontheffing van zijn onderhoudsplicht t.a.v. een behoeftige wettige echtgenote, o.i. een bijkomend argument om *in casu* de BIPOO-exceptie, of naar ons voorstel het corrigerende mechanisme van de *Inlandsbeziehung*, in te roepen. Naar ons oordeel had de rechter kunnen besluiten tot kwade trouw in hoofde van de polygame echtgenoot. Hij verbleef op het ogenblik van de tweede huwelijkssluiting reeds lang genoeg in België om te weten dat een polygaam huwelijk hier niet zou worden erkend. Bovendien is hij naar Marokkaans recht eveneens gehouden tot het onderhoud van al zijn vrouwen. Meer nog, de toelating tot een polygaam huwelijk wordt er vandaag afhankelijk gesteld van de financiële haalbaarheid ervan.

16. Indien was besloten tot kwade trouw in hoofde van de man en tot strijdigheid van het tweede huwelijk met de BIPOO, dan zou de uitkomst er geheel anders uit hebben gezien. Zolang niet algemeen wordt aangenomen dat een louter feitelijk gezin van invloed kan zijn op de bepaling van de onderhoudsplicht t.a.v. een wettige (ex-)echtgenote<sup>44</sup>, kan via een nietigverklaring van het polygame huwelijk en de toekenning van een onderhoudsuitkering aan de tweede of verdere echtgenote die het voordeel van een putatief huwelijk geniet alsnog in een billijke oplossing worden voorzien, liefst op een wijze die de eerste echtgenote zo weinig mogelijk benadeelt (*cf. infra*).

Het Hof van Cassatie heeft in 2001 geoordeeld dat een rechter in het licht van niet ambtshalve kan overgaan tot de nietigverklaring van een huwelijk<sup>45</sup>. het beschikkingsbeginsel<sup>46</sup>. Over de precieze invulling van dit beginsel heerst

<sup>44</sup> *Cf. infra*, randnrs 55 e.v.

<sup>45</sup> Cass. 21 juni 2001, A.R. C.00.0137.N, weergeg. in *Judit*.

<sup>46</sup> Art. 1138, 2° Ger. W., bepaalt dat een voorziening in cassatie openstaat indien er uitspraak is gedaan over niet gevorderde zaken of er meer weer werd toegekend dan was gevraagd. De rechter mag in beginsel niet raken aan het voorwerp van de vordering: E. KRINGS, *l.c.*, 12. Het Hof van Cassatie heeft vooralsnog slechts bevestigd dat de rechter ambtshalve een *exceptie of verweermiddel* kan en moet inroepen indien dit steunt op een bepaling van openbare orde: Cass. 13 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1090: "Dat, voor zover zij aanvoert dat de rechter, bij schending van artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek, een betwisting zou opgeworpen hebben waarvan het akkoord van de partijen het bestaan uitsloot, het onderdeel naar recht faalt, daar de bepalingen van de belastingwetten betreffende de vestiging van de aanslagen de openbare orde raken en de bestendige deputatie, uitspraak doende als rechtscollege inzake directe gemeentelijke belastingen, ambtshalve een middel kan opwerpen dat afgeleid is uit de schending van een wettelijke bepaling van openbare orde"; Cass. 27 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 238: "De art. 1153 en 1154 B.W. zijn niet toepasselijk op de verbintenissen uit een misdrijf of uit een oneigenlijk misdrijf. Het staat aan de rechter, onder eerbiediging van het recht van verdediging, op de regelmatig aan zijn beoordeling voorgedragen feiten en zonder het voorwerp of de oorzaak

vooral nog onduidelijkheid. Er is een discussie gaande tussen een formalistische strekking<sup>47</sup> en een liberale strekking<sup>48</sup>. In navolging van de liberale strekking menen we dat de rechter, ook al is hij in beginsel gebonden door de saisine, in het licht van de openbare orde ambtshalve kan en moet optreden en daarbij de saisine te buiten kan gaan. De meeste auteurs stellen zich in dit verband vooral nog voorzichtig op en beklemtonen dat hoedanook steeds de rechten van de verdediging moeten worden geëerbiedigd<sup>49</sup>. In dat opzicht moet de rechter minstens steeds de debatten heropenen (art. 774 Ger. W)<sup>50</sup>. Vandaag reeds hanteren meerdere rechters de techniek om bij ontdekking van een 'vergeten piste' de debatten te heropenen en daarbij de partijen te suggereren om het betreffende voorwerp alsnog op te nemen in de saisine. Op die manier gaan ze de discussie over de precieze aflijning van het beschikkingsbeginsel uit de weg. Volgens bepaalde auteurs gaat de rechter evenwel ook daarmee zijn boekje te buiten. O.i. rechtvaardigt een heropening van de debatten uit eerbied voor de rechten van de verdediging dat de rechter desnoods zelf een exceptie opwerpt als dat in het voordeel van een partij kan zijn<sup>51</sup>.

In afwachting van meer duidelijkheid in dit verband kan inmiddels worden voorgesteld dat het O.M. bij wijze van tussenvordering in het licht van de

---

van de vordering te wijzigen, de rechtsregel toe te passen op grond waarvan hij op de vordering zal ingaan of ze zal afwijzen". Hierover ook J. PUT, *Administratieve sancties in het sociaizekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1998, 471.

<sup>47</sup> Zie o.m. E. KRINGS, "Het ambt van de rechter bij het leiden van het rechtsgeding", *Arr. Cass.* 1983-84, 12. Volledigheidshalve merken we op dat E. Krings nog enigszins tot een vooruitstreckende strekking binnen het formalisme behoort. Hij lag mede aan de grondslag van de aanvankelijk betwiste aanname dat de rechter ambtshalve de rechtsgronden kan aanvullen. De liberale strekking die daarop voortbouwde en vervolgens nog ruimer ging in de toelating van rechterlijk initiatief, door ook de ambtshalve instelling van een nieuwe vordering toe te laten, gaat voor Krings evenwel een stap te ver.

<sup>48</sup> O.m. M. VAN QUICKENBORNE, *Feit en recht of de rechter en de procespartijen*, Brussel, Swinnen, 1987, 74: de rechter mag de partijen binnen eenzelfde feitencomplex suggereren om nieuwe elementen op te nemen als grondslag voor hun eis. Ook kan hij overgaan tot een herkwalificatie van de feiten (p. 100). De grens tussen een geoorloofde herkwalificatie en een verboden wijziging van het voorwerp van de vordering is evenwel subtiel. De oplossing bestaat erin één van de partijen aan te sporen om het *petitum* aan te passen (p. 109). Naar Frans recht alvast wordt n.a.v. de Nouveau Code de Procédure Civile steeds soepeler omgegaan met het beschikkingsbeginsel (*cf. infra*).

<sup>49</sup> De afwijking van het strikte beschikkingsbeginsel wordt overigens gesteund op een uitgebreide interpretatie van het beginsel van de rechten van de verdediging. Zoals ook de Franse wetgever heeft aangegeven, wordt geleidelijk afgestapt van de opvatting dat een vordering die steunt op een verkeerde rechtsgrond slechts kan worden afgewezen. De Nouveau Code de Procédure Civile laat toe dat de rechter het voorwerp van de vordering aanpast om de partijen het gewenste resultaat te verstrekken. Dergelijke aanpassing is verenigbaar met het verbod om het voorwerp van de vordering te wijzigen mits een geactualiseerde invulling aan de notie 'voorwerp' wordt gegeven. Het betreft slechts de "faits bruts et nus, dépouillés de tout habillement juridique": R. PERROT, "Les pouvoirs du juge dans le procès civil", *R.D.I.D.C.* 1973-74, 24-26.

<sup>50</sup> Zie ook M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, 74.

<sup>51</sup> We menen dat hij dat ook kan als beide partijen zich hiertegen verzetten. Ook al sluiten beide partijen een nietigverklaring van het huwelijk uit, de rechter kan o.i. hiertoe besluiten. Deze opvatting gaat evenwel in tegen de opvatting van de traditionele rechtsleer die de partijen het laatste woord wil laten omtrent de omvang van de saisine. Wij menen evenwel dat de openbare orde voorrang verdient, mits de rechten van de verdediging zijn geëerbiedigd.



openbare orde<sup>52</sup> de nietigverklaring zou vorderen.

Een systematische nietigverklaring is overigens mogelijk niet steeds wenselijk<sup>53</sup>. Een andere oplossing zou erin kunnen bestaan om de problematiek van de onderhoudsvordering te blijven behandelen op het niveau van de rechtsgevolgen van het polygame huwelijk. Het onderzoek naar de vraag of het gevorderde gevolg verenigbaar is met de BIPOO, zou kunnen worden aangevuld met een onderzoek naar de goede trouw van de vorderende partij. Slechts als er niet voldoende overtuigende aanwijzingen zouden zijn van kwade trouw, zou een rechtsgevolg dat de BIPOO-toets heeft doorstaan, worden toegekend. In hoofde van de polygame man zou tot kwade trouw worden besloten. Zijn vordering tot opheffing of vermindering van de onderhoudsplicht t.a.v. zijn eerste echtgenote zou worden afgewezen. In dezelfde zin zou de tweede echtgenote te goeder trouw<sup>54</sup> een onderhoudsuitkering ten laste van de man kunnen worden gegund.

17. Ook de Nederlandse I.P.R.-wetgever heeft er vooralsnog niet voor geopteerd om de gewoonlijke verblijfplaats aan te merken als beslissingscriterium<sup>55</sup>. Een arrest van het Amsterdamse Hof uit 1998 heeft bovendien uitgewezen dat vooralsnog evenmin systematisch rekening wordt gehouden met de nationaliteit van de betrokkenen<sup>56</sup>. *In casu* was een Marokkaans-Nederlandse man na een eerste huwelijk met een Nederlandse vrouw polygaam gehuwd met een Marokkaanse vrouw. Na echtscheiding van zijn eerste echtgenote vroeg hij gezinshereniging aan ten behoeve van zijn Marokkaanse vrouw. Het verzoek werd niet ingewilligd. Om een vordering tot nietigverklaring van het tweede huwelijk te voorkomen, verstootte de man zijn Marokkaanse vrouw en huwde onmiddellijk erna opnieuw met haar. Niettemin stelde de Officier van Justitie een vordering tot nietigverklaring in. Het Hof stelde dat een vordering tot nietigverklaring na echtscheiding<sup>57</sup>, ingesteld door de Officier van Justitie, onontvankelijk was in het licht van art. 1:69 lid 1, d N.B.W. Vanaf de echtscheiding is er m.n. geen openbaar belang meer tot nietigverklaring<sup>58</sup>. *In*

<sup>52</sup> Het is daartoe bevoegd in toepassing van art. 138 Ger. W.

<sup>53</sup> *Cf. infra*, randnrs 27 e.v.: de opvatting dat de getrouwheidsplicht niet wordt geschonden, werpt evenwel een ander licht op de toepassing van de BIPOO-exceptie in dit verband. Deze toepassing wordt impliciet gesteund op het beginsel van de getrouwheidsplicht. Nemen we nu aan dat dat beginsel niet zonder meer getransponeerd kan worden op de situatie van polygame vreemdelingen zonder stabiele verblijfpositie, dan reiken we een argument aan om t.a.v. hen niet langer op die grond over te gaan tot nietigverklaring van het polygame huwelijk. We hebben elders evenwel geargumenteed dat dergelijke nietigverklaring voor de tweede echtgenote financieel vaak de meest voordelige oplossing biedt, omdat haar goederen enkel via het huwelijksvermogensrecht kunnen worden beschermd.

<sup>54</sup> Goede trouw kan in haar geval worden aangenomen als ze op het ogenblik van de huwelijksluiting nog niet op stabiele wijze in België verbleef of niet op de hoogte was van het bestaan van een eerder huwelijk.

<sup>55</sup> Dit wordt betreurd door S. RUTTEN, "Het polygamievraagstuk in een Westerse context", *N.I.P.R.* 2001, 47; A.P.M.J. VONKEN, *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, losbladig, *Huwelijk: internationaal privaatrecht*, titel 1.5 ipr, 137 en 151.

<sup>56</sup> Amsterdam 12 november 1998, *N.I.P.R.* 1999, 137.

<sup>57</sup> Hieruit blijkt dat de verstoting op gelijke voet werd geplaatst met een echtscheiding.

<sup>58</sup> Zie ook naar Duits recht: "unzulässige Rechtsausübung": OLG Nürnberg 30 juni 1997, *FamRZ* 1998, 1109; BGH *FamRZ*. 1994, 498; BGH 18 juni 1986, *FamRZ*. 1986, 879; BGH 18 juni 1986,

*casu* had de man evenwel de verstoting herroepen door zijn vrouw terug bij zich te nemen<sup>59</sup>. Niettemin besloot het Hof tot onontvankelijkheid van de vordering, meer bepaald omdat een in het buitenland geldig gesloten polygaam huwelijk in Nederland niet kan worden nietigverklaard, wegens gebrek aan rechtsmacht, en dit ongeacht de nationaliteit van de betrokkenen. De Nederlandse rechter kan hoogstens weigeren om het buitenlandse huwelijk te erkennen. In beginsel wordt een huwelijk erkend zodra het rechtsgeldig is ontstaan in het buitenland. Overwegingen van openbare orde kunnen zich daar evenwel tegen verzetten<sup>60</sup>. Polygamie zou dergelijk beletsel kunnen vormen. Het Hof heeft deze piste evenwel niet bewandeld en integendeel geoordeeld dat het polygame huwelijk erkend kon worden, in het belang van de man.

Wij menen daarentegen dat de Nederlandse nationaliteit van de polygame man het Hof redelijkerwijze had moeten doen besluiten dat de polygame gezinssituatie voldoende banden vertoonde met de Nederlandse rechtsorde om het strijdig te bevinden met de openbare orde<sup>61</sup>.

Hetzelfde Hof was reeds eerder tot een gelijkaardige uitspraak gekomen m.b.t. een man die op het ogenblik van de polygame huwelijkssluiting bovendien reeds bipatride (Marokkaans-Nederlands) was geworden<sup>62</sup>. Ook tot *Inlandsbeziehung* op grond van nationaliteit werd m.a.w. niet besloten.

Meerdere andere Nederlandse uitspraken bevestigen de vaststelling dat polygame huwelijken in Nederland kunnen worden erkend, mits ze geen te nauwe band vertonen met de Nederlandse rechtsorde<sup>63</sup>. Een samenlezing van de

---

*FamRZ*. 1986, 879.

<sup>59</sup> Hiermee raken we aan de discussie over de herroepbaarheid van verstotingen en de mate waarin hiermee rekening moet worden gehouden bij de erkenning van de verstoting als echtscheiding.

<sup>60</sup> Art. 5 en 6 Wet Conflictenrecht Huwelijk.

<sup>61</sup> L. JORDENS-COTRAN, "Huwelijksbevestiging in het Marokkaanse en Nederlandse recht", in S. RUTTEN, *Recht van de islam*, 16, Maastricht, RIMO, 1999, 133; A.P.M.J. VONKEN, *Personen- en familierecht*, Deventer, Kluwer, losbladig, Huwelijk: internationaal privaatrecht, titel 1.5 ipr, 151, vult aan dat omgekeerd een polygaam huwelijk van niet-Nederlanders overwegend wordt erkend. Is de tweede echtgenote Nederlands onderdaan, maar volledig in het buitenland geïntegreerd, dan wordt het huwelijk eveneens overwegend geldig bevonden, bij gebreke aan overtuigende band met de Nederlandse rechtsorde: A.P.M.J. VONKEN, *I.c.*, 151. Dergelijke opvatting zit volgens S. RUTTEN, *I.c.*, 49, eveneens impliciet vervat in Amsterdam 12 november 1998, waar het Hof stelt dat rekening kan worden gehouden met de in het geding zijnde belangen. Het risico daarbij is volgens Rutten is dat niet met alle belangen rekening wordt gehouden.

<sup>62</sup> Amsterdam 9 april 1998, *NIPR* 1998, nr. 271. *Contra*: Rb. 's Gravenhage 6 december 1995, *NIPR* 1996, nr. 64; Amsterdam 26 september 1996, *NIPR* 1997, nr. 299; hierover E.N. FROHN, "Erkenning buitenlands huwelijk en terugwerkende kracht erkenningsregime", in X., *Het NIPR geannoteerd, Liber Amicorum M. Summpouw*, 's Gravenhage, 1996, 76; H. TOMSON, "Een bigaam huwelijk en de openbare orde", *B&R* 1999, nr. 3, 58.

<sup>63</sup> Incidentele erkenning van het polygame huwelijk: 's Hertogenbosch 4 juli 1985, *N.J.* 1987, 925: de polygame Marokkaanse man wierp tegen de erkenning van de echtscheiding van zijn tweede echtgenote in, dat een echtscheiding niet mogelijk was, aangezien het huwelijk polygaam was. Het Hof verwierp dit middel "omdat niet valt in te zien waarom de wetenschap van de rechter dat er nog een eerder geldig huwelijk van de man met een andere vrouw bestaat, aan het uitspreken

uitspraken die ons bereikten, wekt de indruk dat (slechts) de verblijfssituatie en nationaliteit van de eerste echtgenote ter zake doorslaggevend is. Langdurig verblijf primeert overigens bij die beoordeling op de nationaliteit. Het criterium kan zowel tot een soepelere als tot een strengere beoordeling van de polygame situatie aanleiding geven.

Heeft de eerste echtgenote de Nederlandse nationaliteit en is het eerste huwelijk in Nederland aangegaan, dan wordt de openbare-orde-exceptie ingeroepen tegen het tweede polygame huwelijk. Ook een polygaam huwelijk met een Nederlandse vrouw in Marokko, stuit op de exceptie. Risico-aanvaarding door deze vrouw wordt niet aangenomen<sup>64</sup>, tenzij ze inmiddels geïntegreerd zou zijn in Marokko.

Verblijven beide echtgenoten uit het eerste huwelijk reeds langdurig in Nederland, dan kan een polygaam huwelijk er evenmin worden erkend. VONKEN geeft impliciet aan dat het tweede polygame huwelijk wél erkend kan worden in de hypothese dat de man alleen in Nederland verblijft op het ogenblik dat hij in het buitenland het tweede huwelijk aangaat<sup>65</sup>.

#### **A.1.B. DE INLANDSBEZIEHUNG BEÏNVOEDT BEST DE TOEKENNING VAN HET VOORDEEL VAN PUTATIEF HUWELIJK NIET**

**18.** Een nauwe aanknoping bij de interne rechtsorde neemt daarentegen niet weg dat de beoordeling van de goede trouw van de tweede echtgenote - en bijgevolg de toekenning van het voordeel van putatief huwelijk - onafhankelijk hiervan moet worden beoordeeld, mits zij niet over een stabiele verblijfspositie in België beschikt.

**19.** Door strenge vereisten te stellen aan de mogelijke goede trouw, wekken sommige rechters de indruk in hun beoordeling voorrang te verlenen aan de belangen van de eerste echtgenote die onderdaan is van de Staat van het *forum*, boven die van de tweede echtgenote. Het Antwerpse Hof ging hier o.i. in 1991 toe over in een zaak die een Belg betrof die een tweede huwelijk had gesloten met een Chinese vrouw, nadat hij in de Dominicaanse Republiek zonder medeweten van zijn eerste Belgische echtgenote van deze uit de echt was

---

van de onderhavige echtscheiding in de weg zou staan. Verder heeft de Nederlandse rechter te aanvaarden dat de Marokkaanse wetgever polygamie toestaat". Een gelijkaardige erkenning vond plaats in het kader van een afstammingskwestie (Rb. Arnhem 1 mei 1980, *N.J.* 1981, 94) en bij de beoordeling van een recht op kinderbijslag (Centrale Raad van Beroep 1 juli 1987, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1987, 63: "de AKW is nooit in die zin (m.n. dat een verzekerde nooit meer dan één huishouden zou kunnen hebben) aangepast, hoewel er al jaren duizenden mannen in Nederland wonen en werken die wettelijk met meer dan één vrouw gehuwd kunnen zijn". Ook in het kader van het erfrecht moet rekening kunnen worden gehouden met een 'driehoeksrelatie': A.P.M.J. VONKEN, *Artikelsgewijs commentaar personen- en familierecht I, titel 5, Het huwelijk, Internationaal privaatrecht, Wet Conflictenrecht Huwelijk*, Deventer, Kluwer, art. 6, 10.2, p. 5; COHEN ENRIQUEZ, "Polygamie in Nederland", *FJR* 1990, 171.

<sup>64</sup> Rb. 's Gravenhage 11 juli 1996, *NIPR* 1997, nr. 197.

<sup>65</sup> A.P.M.J. VONKEN, *Artikelsgewijs commentaar personen- en familierecht, I.c.*, 10.2.

gescheiden<sup>66</sup>. De echtscheiding werd niet erkend, evenmin als het tweede huwelijk. De rechter weigerde de Chinese vrouw het voordeel van een putatief huwelijk op grond van de bedenking dat “niet als genoegzaam (was) aangetoond dat tweede appellante geen kennis had en niet bewust was van de arglistige gedragingen, die eerste appellant aanwendde om diens eerste huwelijk te laten ontbinden”.

De sterke *Inlandsbeziehung*, m.n. de Belgische nationaliteit van de man, had o.i. aan de grondslag kunnen liggen van een betere bescherming voor de Chinese vrouw. Het voordeel van een putatief huwelijk wordt slechts verleend als goede trouw kan worden aangenomen. De vraag is evenwel op welke gronden tot deze kwalificatie kan worden besloten<sup>67</sup>. We menen dat best geoordeeld wordt a.h.v. een geheel van vermoedens. De vrouw wordt voor een onmogelijke taak gesteld als ze het bewijs moet leveren dat ze geen kennis had van de arglistige gedragingen van haar echtgenoot. Heeft de rechter voldoende aanwijzingen van het tegendeel, dan menen we dat hij zijn motivering sterker formuleert als hij zijn weigering steunt op een vermoeden van kwade trouw dat niet door de belanghebbende wordt weerlegd. Zijn er geen aanwijzingen van kwade trouw, dan verdient het o.i. de voorkeur om de twijfel in het voordeel van de verzoeker te laten spelen en haar het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen. Concrete omstandigheden, zoals *in casu* de vaststelling dat de man van kwade trouw was geweest en bovendien Belg was, kunnen de doelstelling om de vrouw een optimale rechtsbescherming te verlenen, extra aansterken.

20. Het Hof van Brussel<sup>68</sup> heeft zich bereid<sup>69</sup> betoond om de tweede echtgenote in een nietigverklaard polygaam huwelijk het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen, op grond van het loutere bewijs dat het huwelijk geslachtelijk was voltrokken. Het Hof vergde geen bewijs van haar goede trouw, aangezien de Tunesische wet dat niet vereist<sup>70</sup>. *In casu* had de polygame Tunesische man het verbod op polygamie, zoals voorzien in zijn eigen personele wet, overtreden. Hij was op het ogenblik van de huwelijksluiting met zijn tweede Marokkaanse echtgenote reeds in België gehuwd met een Belgische vrouw. Sinds zijn eerste huwelijk en vóór het tweede huwelijk had hij een kleine vier jaar in België geleefd. Over het verblijf dat voorafging aan de eerste huwelijksluiting zijn ons geen

<sup>66</sup> Antwerpen 20 maart 1991, *T.B.B.R.* 1992, 409, noot M. LIENARD-LIGNY.

<sup>67</sup> Deze vraag rijst bv. ook bij ongewilde polygamie. In het geval van een Venezolaans huwelijk van een Colombiaanse vrouw die nog niet definitief uit de echt gescheiden was, heeft het Brusselse Hof alvast geoordeeld dat het voordeel van een putatief huwelijk niet kon worden verleend: Brussel 6 maart 2001, *E.J.* 2001, 140-144, noot K. JANSEGGERS en J. VERHELLEN.

<sup>68</sup> Rb. Brussel 15 januari 1986, 14 oktober 1987 en 27 juni 1988, *T.Vreemd.* 1988, afl. 51, 22.

<sup>69</sup> De twee arresten betroffen slechts voorlopige vonnissen, waarbij tot een genetische test werd besloten op het kind, om door het bewijs van vaderschap van de man, ook de geslachtelijke voltrekking van het huwelijk te bewijzen. Dat laatste bewijs was vereist om het voordeel van putatief huwelijk te verlenen.

<sup>70</sup> Het ziet ernaar uit dat de Franse rechter de betrokkenen niet de normaal toepasselijke lichtere beoordeling, gesteund op de verwijzing naar het nationale recht, zou hebben gegund. Dit menen we te mogen afleiden uit de uitspraak van C.A. Paris 14 juni 1995, *R.C.D.I.P.* 1997, 41, noot P. GANNAGE, waarbij de rechter zonder enige motivering ter beoordeling van de goede trouw het Franse recht heeft toegepast. Daarbij was hij evenwel soepel tewerk gegaan.

gegevens bekend. Het is mogelijk dat de man vóór de tweede huwelijkssluiting reeds op stabiele wijze in België verbleef. De tweede echtgenote evenwel had op dat ogenblik zeker (nog) geen stabiele verblijfpositie in België verworven. We sluiten ons dan ook aan bij de beslissing van het Brusselse Hof om haar het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen, mits de voorwaarden daartoe van het Tunesische recht waren vervuld.

21. De Duitse wetgever heeft alvast in een gelijkaardige bescherming van de tweede echtgenote voorzien. Naar Duits recht stellen §1314 j° 1306 BGB polygame huwelijken voortaan nog slecht *ex nunc* vernietigbaar<sup>71</sup>. Dat impliceert dat verworven rechten steeds behouden blijven en dat de echtgenote steeds een sterkere bescherming geniet, vergelijkbaar met het voordeel van een putatief huwelijk<sup>72</sup>.

## A.2. POLYGAMIE EN ONDERHOUDSRECHT: DE WERKING VAN HET MATERIEEL GELIJKHEIDSBEGINSEL

### A.2.A. DE ONDERHOUDSPlicht T.A.V. DE EERSTE ECHTGENOTE

#### \* *Invloed van het tweede huwelijk*

#### - Invloed van het tweede huwelijk tijdens het voortbestaan van het eerste huwelijk, na feitelijke scheiding

22. We bespraken hierboven reeds het arrest van het Hof van Luik van 1975<sup>73</sup> en gaven daarbij te kennen dat een nietigverklaring van het tweede huwelijk of een afwijzing van de vordering onze voorkeur had weggedragen, gezien de intense banden die de situatie vertoonde met de interne rechtsorde. De uitkomst zou mogelijk op termijn niet verschillend zijn geweest voor wat betreft het onderhoud van de eerste echtgenote. Ze zou haar vordering vermoedelijk eveneens ingeperkt gezien hebben n.a.v. een vordering tot onderhoud uitgaande van de tweede echtgenote. Die inperking zou evenwel gesteund geweest zijn op gronden die op meer bijval van andere rechters zouden kunnen rekenen. Ze zou slechts toegepast zijn in het kader van een onderhoudsvordering van de tweede echtgenote en beperkt zijn tot de hypothese dat de lasten van het tweede gezin werkelijk zouden *noodzaken* tot een inperking t.a.v. het eerste gezin<sup>74</sup>.

23. *In casu* heeft de rechter, zoals gezegd, rechtstreeks de onderhoudsplicht van

<sup>71</sup> BGH 10 januari 2001, *FamRZ.* 2001, 991.

<sup>72</sup> Zoals we reeds aangaven, beperkt het rechtsvergelijkende aspect van deze studie zich tot een functionele, soms zelfs eclectische benadering. Het gaat er niet om de oplossingsstructuren van de betreffende rechtsordes exhaustief met elkaar te vergelijken, maar slechts om aan te geven in hoeverre onze voorstellen steun kunnen vinden in praktijken van aanverwante rechtsordes.

<sup>73</sup> Luik 26 juni 1975, *J.L.* 1975-76, 163. *Cf. supra*, randnrs 15 e.v.

<sup>74</sup> *Cf. infra*: we stellen voor om de last van het feitelijke tweede gezin zoveel mogelijk bij de man te leggen. Slechts wanneer zijn middelen niet toereikend zijn om het tweede gezin voort te onderhouden, zou zijn onderhoudsplicht t.a.v. de eerste echtgenote kunnen worden ingeperkt.

de man ingeperkt, rekening houdend met de lasten van zijn tweede gezin, ook al was het tweede huwelijk dat daaraan ten grondslag lag volgens de rechter 'sans incidence'. Het Hof heeft m.a.w. rekening gehouden met een feitelijke last, terwijl die *in se* rehtens voor onbestaande wordt gehouden. Deze werkwijze steunt op geen enkele bestaande juridische constructie. De enige uitspraak die ons in dit verband heeft bereikt, wijst ze overigens af. Het vredegerecht van Sint-Gillis heeft in 1983 geoordeeld dat naar intern recht de lasten van een feitelijk gezin geen invloed kunnen uitoefenen op de berekening van de lasten die in mindering worden gebracht van het onderhoudsgeld dat een persoon aan zijn kind moet betalen<sup>75</sup>.

Ook al kan de feitelijke gezinsband niet zomaar op gelijke voet met polygamie worden geplaatst, een verwijzing naar deze uitspraak lijkt ons niet ongepast. Wordt geweigerd om een tweede polygaam huwelijk als geldig huwelijk te beschouwen, dan rest slechts een kwalificatie als feitelijk gezinsleven. De bedoelde uitspraak geeft minstens aan dat de vermogenstoestand van een persoon niet louter op grond van feitelikheden kan worden beoordeeld.

Houdt de rechter rekening met het tweede polygame huwelijk, dan moet hij daar wettige argumenten voor kunnen aanhalen. Die waren er o.i. niet, te meer aangezien hij zelf te kennen gaf dat aan het polygame huwelijk geen rechtsgevolgen zouden kunnen worden verbonden. Zijn verwijzing naar de kosten van het onthaal van andere familieleden wekt de indruk dat het Hof de stelling van Sint-Gillis tegensprekt. Ook deze verwijzing heeft het Hof evenwel niet ondersteund met wettige argumenten. Het vrijwillige onderhoud van personen kan o.i. niet in mindering worden gebracht van een wettelijke onderhoudsplicht. Naar ons voorstel zou de toerekening van de lasten van het tweede huwelijk dan ook zoveel mogelijk aan de man persoonlijk, en niet (mede) op het onderhoudsgeld van de eerste vrouw zijn gebeurd. Onder 'zoveel mogelijk' verstaan we: voor zover de middelen van de man, na aftrek van het onderhoudsgeld van de eerste vrouw (en eventueel de kinderen), nog volstaan om het tweede gezin te onderhouden. Slechts in geval van bewezen behoefte zou een vermindering van het onderhoudsgeld voor de eerste vrouw onafwendbaar zijn<sup>76</sup>.

**24.** Het Hof heeft zich ongetwijfeld laten leiden door het besef dat de feitelijke en de juridische werkelijkheid *in casu* ver uiteen lagen. Negeerde hij de feitelijke last van het tweede huwelijk, dan zou de tweede echtgenote daarvan het slachtoffer worden. Het is bewonderenswaardig dat het Hof indirect het belang van de

<sup>75</sup> Vred. Sint-Gillis 8 juli 1983, *T. Vred.* 1986, 113. Dit i.t.t. de kosten voor een erkend kind in een buitenhuwelijkse relatie (Cass. 5 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 781) of van het voorhuwelijkse kind van een nieuwe echtgenote (Luik 24 april 2001, *Rev.rég.dr.* 2001, 268).

<sup>76</sup> *Cf. infra* evenwel: heeft de eerste echtgenote nog geen stabiel verblijf in België en geldt hetzelfde voor de polygame man en de tweede echtgenote, dan is de aanknoping met de Belgische rechtsorde zo zwak, dat o.i. de eerste echtgenote mogelijk haar levensstandaard aangetast kan weten, om de tweede echtgenote een gelijkwaardige levensstandaard te bieden als de hare.

tweede echtgenote heeft verdedigd<sup>77</sup>. Geen enkele rechter heeft het hem vooralsnog nagedaan<sup>78</sup>. Het Hof heeft om zijn doelstelling te bereiken vermoedelijk de enige techniek gehanteerd waarover het meende te kunnen beschikken. Die techniek is o.i. evenwel onvoldoende solide om tot schoolvoorbeeld te kunnen dienen. Daartoe reiken we een nieuwe techniek aan die evenwel – en daarin geven we het Hof indirect toch gelijk met zijn oplossing van het minste kwaad – vooralsnog geen juridisch draagvlak heeft: de techniek van de (systematische) nietigverklaring van het huwelijk, gekoppeld aan het voordeel van een putatief huwelijk. Deze techniek is vooralsnog onvoldoende solide. Enerzijds is ernstige betwisting mogelijk over de vraag of de rechter bij machte is om ambtshalve de nietigheid van het polygame huwelijk op te werpen. Het alternatief om met een heropening van de debatten te pogen één van de partijen te overtuigen om zelf deze vordering in te stellen of om het O.M. warm te maken voor een tussenvordering in die zin, biedt o.i. onvoldoende rechtszekerheid. Anderzijds geeft het voordeel van een putatief huwelijk vooralsnog slechts recht op behoud van rechtsgevolgen die vóór de nietigverklaring zijn ontstaan, en niet op een (nieuw) onderhoudsrecht.

We menen niettemin dat deze techniek in het geheel van de omgang met het polygame huwelijk de voorkeur geniet.

### **- Invloed van het tweede huwelijk na ontbinding van het eerste huwelijk door verstoting of echtscheiding**

**25. Verstoting of echtscheiding met financiële compensatie.** Een van de risico's die steeds opnieuw worden opgeworpen tegen de weigering om polygamie te erkennen, is dat de polygame man ingeval van voorkeur voor de tweede vrouw

<sup>77</sup> Heeft de polygame man kinderen buiten het eerste huwelijk, dan is het normaal dat rekening wordt gehouden met hun onderhoudskosten. M.b.t. een tweede echtgenote is dat evenwel niet vanzelfsprekend. Er waren *in casu* bovendien meerdere redenen om het eerste huwelijk te laten primeren. Uit het eerste huwelijk waren twee kinderen geboren, nog vóór het tweede huwelijk was aangegaan. De feitelijke scheiding had bovendien nog geen juridische 'bevestiging' gekregen (bv. door de instelling van een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed, door een vordering tot levensonderhoud) op het ogenblik waarop het tweede huwelijk was aangegaan. De redenering van de rechter doet bijgevolg vermoeden dat ook bij een normale voortzetting van het eerste huwelijk, de eerste vrouw had moeten dulden dat haar man zijn tweede gezin financieel zou onderhouden. Dat hij mee zou moeten instaan voor de kosten van het levensonderhoud van de kinderen, volgt uit de vaststelling van de afstamming, ongeacht of dat gebeurt op grond van de vaderschapsregel ingeval van putatief huwelijk, op grond van erkenning (met de eerste echtgenote als noodzakelijk betrokken partij, zonder recht op inspraak evenwel, bij de homologatie: art. 319*bis* B.W.), of op grond van een onderzoek naar het vaderschap (ook bij verbod door de personele wet van de betrokkene, m.n. in toepassing van de *lex fori* (art. 322 B.W.), na tussenkomst van de exceptie van openbare orde. De rechterlijke uitspraak in de laatste hypothese is slechts tegenstelbaar aan de eerste echtgenote na de betekening van het vonnis aan haar persoon.

Ten tijde van het arrest was de vaststelling van het vaderschap en de toekenning van onderhoudsgeld aan de kinderen evenwel nog niet zo vanzelfsprekend als dat vandaag, sinds de afstammingswet van 1987, het geval is.

<sup>78</sup> Zie o.m. Vred. Sint-Gillis 15 oktober 1987, *J.J.P.* 1989, 114 (*cf. infra*, randnrs 29 e.v.)

zou worden gedwongen de eerste te verstoten<sup>79</sup> of van haar uit de echt te scheiden. Beide handelingen zullen, willen ze erkend worden in België, de rechten van verdediging van de eerste vrouw moeten eerbiedigen<sup>80</sup> en gepaard moeten gaan met een onderhoudsuitkering<sup>81</sup>. Die zal in geval van echtscheiding

<sup>79</sup> M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos de la polygamie", *Ann. Dr. Louv.* 1983, 248; M. M'SALHA, *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, doctoraat, 1999, 116.

De eenzijdige verstoting door de man blijft naar o.m. Marokkaans recht de meest frequent gehanteerde wijze om het huwelijk te ontbinden: M. M'SALHA (doct.), 61. Deze methode is het gemakkelijkst voor de man, en het meest nadelig voor de vrouw: D. PEARL, *A Textbook on Muslim Personal Law*, Londen/Sidney, Croom, 1987, 100; N.J. COULSON, *A history of islamic law*, Edinburgh, Edinburgh University, 1964, 209. Andere vormen zijn de eenzijdige verstoting door de vrouw (na toekenning van een 'toelating tot verstoting' door de man: art. 44); de gerechtelijke echtscheiding (art. 53-60) en de verstoting met onderlinge toestemming (*khol*, ook 'verstoting mits compensatie' genoemd: art. 61-65). art. 48 Mud. vereist aanwezigheid van beide partners en verschijning voor de *cadi*. Deze onderneemt vooreerst een verzoeningspoging (met alle middelen), bv. door voor beiden een arbiter aan te stellen (art. 179 code de procédure civile). Zie ook art. 48, 52bis, 156bis Mud. en 1248 Dahir des obligations et des contrats. Art. 39, eerste lid Iraakse familiewet vereist dat elke verstoting bij rechterlijke uitspraak gebeurt. Is dat onmogelijk, dan moet de verstoting op de rechtbank geregistreerd worden, nog tijdens de periode van de 'retraite'. Art. 28 Libische familiewet vereist eveneens dat de verstoting gerechtelijk wordt uitgesproken. Er moet een verzoeningspoging aan voorafgegaan zijn. De benadeelde partner moet een schadevergoeding worden toegekend. Art. 85 Syrische familiewet laat elke man vanaf de leeftijd van achttien jaar toe om eenzijdig te verstoten. Op jongere leeftijd is een rechterlijke toelating vereist. de rechter steunt zich op het belang van de betrokkene. Art. 177 familiewet bepaalt een schadevergoeding voor de echtgenote wanneer de man arbitrair handelt en haar zonder redelijke grond verstoot. Naar Koeweits recht (art. 165, a familiewet) is niet voorzien in een schadevergoeding; wel in één jaar onderhoud, los van de schuldvraag. De verstrenging van de verstotingsmodaliteiten beoogt het aantal misbruiken te reduceren (o.m. Y. LINANT DE BELLEFONDS, "La répudiation dans l'Islam aujourd'hui", *R.I.D.C.* 1962, 548; M. M'SALHA (doct.), 61-63).

<sup>80</sup> O.m. Cass. 29 april 2002, *R.W.* 2002-2003, 862, noot J. ERAUW; Cass. 15 januari 1995, *Pas.* 1995, 15-16 (referentie voor de beoordeling van de eerbiediging van het recht van verdediging is het Belgische recht, niet het buitenlandse recht); Brussel 6 juni 1979, *J.T.* 1980, 7; Vred. Antwerpen 12 mei 1987, *T. Vreemd.* 1988, 25; Brussel 10 december 1987, *Ann. dr. Liège* 1988, 125; Luik 5 december 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1989, 481; Antwerpen 20 maart 1991, *T.B.B.R.* 1992, 409; Rb. Brussel 9 oktober 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 396. Zie ook Cass. fr. 4 oktober 1967, *R.* 1968, 98. Erkenning van een verstoting die door de vrouw is aanvaard op het ogenblik van de verstoting zelf: Cass. 11 december 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 165, noot J.Y. CARLIER, *R.W.* 1995-96, 1336, noot J. ERAUW; Rb. Brussel 30 april 1993, *Rev. dr. étr.* 1993, 447. Het volstaat dat de echtgenote haar argumenten kan doen gelden, ook al kan ze zich niet tegen de verstoting verzetten: Vred. Vorst 21 november 1989, *Rev.dr.étr.* 1989, 311; Rb. Nijvel 25 juni 1991, *Rev.dr.étr.* 1992, 208.

Het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw is geschonden wanneer de echtgenote niet in de verstoting heeft toegestemd: Cass. fr. 11 maart 1997, *Dalloz* 1997, 400, noot M.L. NIBOYET (weigering om een verstoting in Marokko tussen 2 Marokkanen te erkennen); Vred. Antwerpen 20 november 1987, *Rev.dr.étr.* 1988, nr. 50, 157; Vred. Lokeren 23 september 1988, *Rev.dr.étr.* 1989, 45; Vred. Namen 20 oktober 1988, *Journ. Proc.* 1988, 29; Vred. Molenbeek 22 december 1992, *T. Vreemd.* 1993, 112. *Contra*: J.Y. CARLIER, "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié?", *J.T.* 1985, 131.

<sup>81</sup> De omz. van 13 maart 1980 tot wijziging van de circulaire van 27 juni 1978, *B.S.* 18 maart 1980, somt de geldigheidsvoorwaarden van een verstoting op. De term verstoting komt tevens voor in de officiële coördinatie van de gegevens m.b.t. de Vreemdelingenwet, meer bepaald in het hoofdstuk m.b.t. de omz. van 2 april 1984, onder §5.2.4: burgerlijke stand: *aangeh.* in *Parl. St.* Senaat, 1998-99, 5 oktober 1998, nr. 1-94 (Vr. nr. 1357 LIZIN); *Parl. St.* Senaat, 1996-97, 17 maart 1997 (Vr. nr. 531 JANSSENS). De *khol* (verstoting met compensatie) wordt over het



met onderlinge toestemming bestaan in een overeengekomen bedrag. In geval van schuldechtscheiding<sup>82</sup> zal de rechter het bedrag bepalen a.h.v. een schatting die de vrouw in staat moet stellen haar vroegere levensstandaard te handhaven<sup>83</sup>.

Gezien deze waarborgen wordt de oorspronkelijke echtgenote materieel niet het slachtoffer van de situatie.

**26.** We stellen evenwel voor om verder te gaan en meer aandacht te laten uitgaan naar de feitelijke situatie. Ook een eenzijdige<sup>84</sup> verstoting waarbij de

---

algemeen erkend: Rb. Brussel 30 juni 1982, *Rev.dr.étr.* 1982; Antwerpen 30 november 1982, *Rev. dr. étr.* 1982, 59; Rb. Brussel 9 april 1997, *Rev. dr. étr.* 1997, 254, noot M.C. FOLETS; Rb. Brussel 18 maart 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 120; Luik 5 februari 2002, *J.T.* 2002, 368: de *khol* kan geassimileerd worden aan een echtscheiding met onderlinge toestemming.

Zie ook: uitspraak van echtscheiding met toekenning van onderhoudsuitkering, op grond van de vaststelling dat Mud. niets bepaalt omtrent de vorm van de *mouta* en een rente aldus kan worden voorzien: Vred. Deurne 14 maart 1975, *R.W.* 1974-75, 2545. Zie ook echtscheiding in toepassing van Belgisch recht: Rb. Brussel 26 november 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 121; Brussel 9 mei 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 37, noot M. FALLON; Namen 17 mei 1990, *Rev. dr. étr.* 1991, 340, noot M.-CL. FOLETS.

Een eenzijdige verstoting, *talaq*, kan daarentegen op een weigering stuiten: o.m. Rb. Brussel 25 juni 1980, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 28. (zie evenwel E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. des Cours* 1995, 154: in islamlanden wordt een *talaq* soms uitgesproken om een echtscheiding met onderlinge toestemming verdoken mogelijk te maken. De vrouw is m.a.w. niet steeds slachtoffer). De rechtspraak van vóór 1993 kan evenwel niet langer als richtlijn dienen, aangezien de Mud. sindsdien algemeen strengere procedurele vereisten stelt aan de verstoting. Zie ook Vred. Luik 30 januari 1997, *J.L.M.B.* 1998, 426, noot B. MAIRY: geen toepassing van het Algerijnse echtscheidingsrecht aangezien dat wegens het ontbreken van een onderhoudsregeling strijdig is met de Belgische internationale openbare orde. Voor voorstellen tot ruimere erkenning: J.Y. CARLIER, "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales", o.c., 107; S. DEBROUX en G. PIJCKE, "Efficacité des décisions étrangères en matière de dissolution du lien conjugal. Etat actuel et perspectives d'avenir", *Ann. Dr. Louvain* 2001, 311-363; M.-CL. FOLETS, "La femme marocaine et sa loi en Belgique", *Rev. dr. étr.* 1991, 340; M. FALLON, "Une chronique anticipée...", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 483; E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. des Cours* 1995, 236; E. JAYME, "'talaq' nach iranischem Recht und deutscher Ordre public", *IPRax* 1989, 223; C. JOUSTRA, "De Hoge Raad over verstoting tegen compensatie en de effectiviteitstoets bij artikel 3 WCE", (noot onder HR 13 juli 2001), *NIPR* 2001, 410: voorstel om het aantal erkenningen te verruimen door de erkenningsvoorwaarde van art. 3, a uit te breiden tot gevallen waarbij beide partners de nationaliteit hebben van een land dat verstoting toelaat, mits die nationaliteit bij minstens één van hen de effectieve nationaliteit is, i.e. dat er nog geen reële band met Nederland is; A. VAN MENDEL, "L'attitude des juges belges face au divorce par répudiation", *Rev. dr. étr.* 1990, 182.

Zie over de instemming met de verstoting in Nederland en de koppeling van een erkenning aan een onderhoudsuitkering L. JORDENS-COTRAN, "Instemming met de verstoting, naturalisatie en de erkenning van Marokkaanse verstotingen: artikel 3 of 2 WCE?", *F.J.R.* 1995, 146-151.

<sup>82</sup> De vraag is evenwel op welke grond de vrouw zich zou kunnen steunen, aangezien geen sprake kan zijn van overspel wanneer haar eigen personele statuut polygamie toelaat.

<sup>83</sup> Art. 301 B.W. (m.a.w. ruimer dan de onderhoudsplicht die ligt vervat in art. 205 B.W., maar wel beperkt tot maximum een derde van zijn inkomsten); J. ROODHOOFT, *De gerechtelijke begroting van de onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten. Rechtsvergelijkende studie en proeve van model*, doct. K.U. Leuven, 1995.

<sup>84</sup> Voor weigeringen op grond van het eenzijdige karakter: Vred. Fléron 8 mei 1979, *Rev.trim.dr.fam.* 1980, 227; Vred. Sint-Joost-ten-Node 2 april 1981, *T. Vreemd.* 1981, nr. 13, 32; Brussel 30 juni 1981, *J.T.* 656, noot M. TAVERNE; Rb. Brussel 8 januari 1991, *J.T.* 1991, 372.

rechten van de verdediging zijn geschonden, moet o.i. alsnog kunnen worden erkend, mits de verstoten buitenlandse<sup>85</sup> vrouw daarmee instemt<sup>86</sup> en haar bij

Naar Tunesisch recht is het alvast verboden om een vrouw te verstoten. Man en vrouw hebben een gelijkwaardig recht om echtscheiding te vorderen: art. 35 wet inzake personeel statuut; S. BEN HALIMA, "Religion et statut personnel en Tunisie", *Rev. tun. dr.* 2000, 120.

<sup>85</sup> T.a.v. vrouwen die inmiddels Belg zijn geworden, kan geen verstoting worden aanvaard: Vred. Hasselt 25 april 1996, *A.R.* 1995, 1474; Rb. Brussel 28 mei 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 603; Rb. Brussel 6 november 1996, *A.J.T.* 1996-97, 344; zie ook Omz. 24 april 1994, B.S. 19 mei 1994. *Contra* (in gevallen waarbij de vrouw zelf verstoten wilde worden): Rb. Brussel 9 april 1997, *Rev. dr. étr.* 1997, 254; Rb. Brussel 18 maart 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 120.

<sup>86</sup> Deze gedachtelijn zit reeds vervat in Cass. 29 april 2002, *J.T.* 2002, 5830, *R.W.* 2002-2003, 862, terzake afkeurende noot J. ERAUW; Rb. Brussel 3 februari 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 212; Rb. Brussel 30 juni 1982, *Rev. dr. étr.* 1982, 82; Rb. Brussel 27 november 1985, *T. Vred.* 1986, 186; Rb. Leuven 4 december 1986, *Rev. dr. étr.* 1986, 99; Rb. Brussel 10 februari 1987, *T.B.B.R.* 1988, 497; Vred. Sint-Gillis 23 april 1987, *T. Vred.* 1989, 112; Vred. Sint-Jans-Molenbeek 22 december 1992, *T. Vreemd.* 1993, 112, noot; Rb. Brussel 20 april 1993, *T. Vreemd.* 1994, 26; Rb. Brussel 18 maart 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 12. Zie ook J.Y. CARLIER, "La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudiée?", *J.T.* 1985, 101; F. BALLION, "La pratique judiciaire et administrative et le droit maghrébin des personnes dans l'arrondissement de Bruxelles", *J.J.P.* 1989, 69-94; A. BELAMRI en J.Y. CARLIER, "Overzicht van rechtspraak", in M.-CL. FOBLETS (1998), 141; E. JAYME, "'Talaq' nach iranischem Recht und deutscher Ordre public", *IPRax* 1989, 223. *A contrario* (weigering om te erkennen, aangezien de echtgenote niet in de verstoting toestemt): o.m. Rb. Gent 25 juni 1992, *Rev. dr. étr.* 1993, 216; Vred. Molenbeek 22 december 1992, *Rev. dr. étr.* 1993, 215; Rb. Nijvel 27 februari 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 113.

Zie ook Cass. fr. 11 maart 1997, *Dalloz* 1997, 400, noot M.L. NIBOYET (zie voor een stand van zaken: R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Paris, L.G.D.J., 2002, 144 e.v.); R.v.St. Ndl. 10 november 1993, nr. Ro2.92.5993, *NIPR* 1994, 530 (zie ook de WCE; Rb. 's Gravenhage 7 augustus 1996, *NIPR* 1996, 485; Rb. 's Gravenhage 23 november 1993, *NIPR* 1994, 111; Rb. 's Gravenhage 28 september 1993, *NIPR* 1993, 668); H.R. (Ndl.) 13 juli 2002, *Nemesis* 2002, afl. 4, actualiteitenkatern, p. 3, noot V. VAN DEN EECKHOUT. Naar Nederlands recht wordt nochtans steeds een gerechtelijke ontbinding vereist. Niettemin stond de Hoge Raad een erkenning toe omdat anders geen recht gedaan zou worden aan de feitelijke positie van de vrouw bij verstoting. Ook het O.M. had in deze zaak gesteld dat de prijs van een niet-erkenning, m.n. een hinkende rechtsverhouding, voor de vrouw te hoog lag. Nu de vrouw zelf toestemde, was het gelijkheidsbeginsel man-vrouw niet geschonden. VAN DEN EECKHOUT volgt de uitspraak, maar meent dat het niettemin beter was geweest indien een nieuwe echtscheiding naar Nederlands recht uitgesproken zou zijn. Anderzijds zijn in het verleden reeds meerdere Marokkaanse mannen er niet in geslaagd om aan te tonen dat hun banden met Marokko waren vervallen en dat daarom een echtscheiding naar Nederlands recht kon worden gevorderd. Ook heeft de Haagse rechtbank in een vonnis van 7 mei 1998 (*Nemesis* RN 1999, 1047) geoordeeld dat een Marokkaanse vrouw er verkeerd aan had gedaan om haar echtscheiding naar Nederlands recht te laten uitspreken. Dit gebeurde tegen de wil van haar man en had daardoor de kansen op erkenning van de echtscheiding in Marokko verminderd. De rechtbank wenste dan ook geen rekening te houden met haar argument dat ze wegens de echtscheiding gevaar liep op vervolging (*fatwa*) in Marokko en daarom in aanmerking kwam voor een machtiging tot verblijf op humanitaire gronden.

Recent lijkt de Hoge Raad een milder standpunt te hebben verdedigd. Stemt bv. de vrouw niet in met een verstoting, dan kan de man een echtscheiding vorderen naar Nederlands recht, op grond van duurzame ontwijking van het huwelijk: H.R. (Ndl.) 9 november 2001, *Nemesis* 2002, afl. 4, actualiteitenkatern, p. 5, noot V. VAN DEN EECKHOUT. Met dit arrest gebeurde dat voor het eerst op eenzijdig verzoek van de man. Voorheen reeds werd een echtscheiding naar Nederlands recht toegestaan, maar dan telkens mede op verzoek van de vrouw: o.m. Rb. Breda 9 juni 1992, *N.I.P.R.* 1993, nr. 412.

*Contra*: M. TAVERNE, "La répudiation et la sécurité juridique en droit familial", (noot onder Rb. Brussel 11 januari 1990), *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 406-408. We stemmen niet in met Tavernes standpunt, en menen dat het is gekleurd door de zaak waarop zijn bespreking betrekking had. *In*

gewoonlijk verblijf in België<sup>87</sup> *a posteriori* voldoende waarborgen worden geboden, zoals een onderhoudsuitkering<sup>88</sup>. Ook naar Belgisch recht bestaat een

*casu* had de Brusselse rechter besloten om de verstoting te erkennen, met de doelstelling om de rechten van de nieuwe echtgenote van de man te beschermen tegen een 'laattijdige' vordering door de verstoten vrouw die de verstoting nooit eerder had aangegeven. Door haar lange stilzitten had de vrouw volgens de rechter impliciet ingestemd met de verstoting. We kunnen deze opvatting niet delen (*cf. infra*), maar menen wél dat een expliciete instemming in aanmerking moet worden genomen. Eveneens *contra*: J. ERAUW, noot onder Cass. 29 april 2002, *R.W.* 2002-2003, 865: "Wij moeten opletten om niet te vervallen in de subjectieve beoordeling van een vrouw die achteraf kan beslissen of de verstoting haar nu uitkomt of niet; of zij node berust of niet". Zie ook Advies Raad van State bij oorspronkelijk wetsontwerp van I.P.R.-wetboek. Wij menen daarentegen dat dit risico op *shopping* minder zwaar doorweegt dan het belang om de juridische situatie af te stemmen op de feitelijke beleving, als die door beide partijen gewenst is en in de rechtsorde van juridische voltrekking rechtsgeldig tot stand is gekomen. Erauw verwittigt er tevens voor dat een *post-factum*-acceptatie door de vrouw tot stand kan zijn gekomen onder druk van haar thuishmilieu. Opnieuw menen we dat, in samenhang met een onderhoudsuitkering, best een zo goed mogelijke juridische invulling kan worden gegeven aan een voltrokken feit, de scheiding. Wél is het aangewezen om wetsontduiking niet te valoriseren (*cf. J. ERAUW, l.c.*, 866) en om een stabiel verblijfsstatuut als eindpunt te beschouwen van de mogelijkheid om zijn echtgenote in het buitenland te verstoten (vgl. art. 57 voorgestelde I.P.R.-wetboek: geen erkenning mogelijk als één van de echtgenoten op het ogenblik van het verzoek tot homologatie zijn gewone verblijfplaats in België heeft of de Belgische nationaliteit heeft en deze effectief is. Het artikel sluit evenwel uit dat een oorspronkelijke ontstentenis aan instemming van de vrouw *post factum* wordt geregulariseerd).

<sup>87</sup> We stellen voor om de erkenning slechts aan een onderhoudsuitkering te koppelen t.a.v. vrouwen met gewoonlijk verblijf in België, dit om te voorkomen dat de Staatskas teveel zou worden belast ten behoeve van personen die met België geen band (meer) hebben. Het is haast onmogelijk om vanuit het buitenland de daadwerkelijke uitvoering van een onderhoudsplicht te bekomen als de schuldenaar zelf niet meewerkt. Wordt de vrouw bovendien een vorderingsrecht verleend, maar beschikt ze niet over de financiële middelen om de gerechtskosten te betalen, dan draait de Staatskas op voor de kosten van haar vordering, waarvan de uitkomst haar hoedanook weinig waarborgen zal kunnen bieden. Is de verstoting in het buitenland uitgesproken, dan menen we daarom dat de erkenning ervan beter niet afhankelijk gesteld kan worden van een regeling die praktisch niet afdwingbaar is. Stemt de vrouw toe met de huwelijksontbinding, dan kan daar o.i. genoeg mee worden genomen. Slechts t.a.v. de vrouw die regelmatig in België verblijft en die bijgevolg een sterke band met de Belgische rechtsorde heeft, kan en moet de voorwaarde van een onderhoudsgeld ter behoud van de levensstandaard o.i. (vooralnog behoudens bewijs van haar schuld bij de echtscheiding) in het licht van de openbare orde worden opgelegd.

<sup>88</sup> De Raad van State wees er in zijn advies bij het voorontwerp van I.P.R.-codex op dat een eenzijdige verstoting waarbij de tussenkomst van een rechter een loutere formaliteit is, niet belet dat de rechter bij latere homologatie van de verstotingsakte in een compensatie voor de vrouw voorziet. Het volstaat m.a.w. niet om louter aandacht op te brengen voor de verstoting zelf. (Raad van State-advies, p. 217). Het voorgestelde art. 55 beoogt de erkenning afhankelijk te stellen van homologatie door de rechter van de Staat van opstelling, van de mogelijkheid van de echtgenoot aan wie de akte wordt tegengesteld om aanwezig te zijn bij de opstelling ervan, van de ondubbelzinnige en vrije aanvaarding ervan, van het houden van zijn gewone verblijfplaats in de Staat van homologatie op het ogenblik van de homologatie, van de vervulling van de voorwaarden die figureren in art. 570 Ger. W. en van de voorwaarde dat geen van de partners op het ogenblik van de homologatie Belg is. Zie reeds de ruime aandacht voor compensatie in het Tunesische recht: S. BEN HALIMA, "Religion et statut personnel en Tunisie", *Rev. tun. dr.* 2000, 123: ook al genieten man en vrouw een gelijkwaardig recht om echtscheiding te vorderen, voor de vrouw worden zowel een vergoeding voor moreel als voor materieel nadeel voorzien: art. 31 Wet personeel statuut. Ze ontvangt een 'rente viagère'. Ben Halima verwijst daartoe naar de Koran die voorziet in een compensatie voor de verstoten vrouw en in het behoud van geschenken en rechten die haar voorheen zijn toegekend. Andere rechtssystemen gaan tegen dat religieus gebod in.

eenzijdige echtscheidingsvorm: de echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding<sup>89</sup>. Wél menen we dat een expliciete instemming is vereist. We sluiten ons niet aan bij vroegere rechtspraak die genoegzaam met een impliciete instemming, die werd afgeleid uit het feit dat de vrouw achteraf haar rechten als uit de echt gescheiden vrouw liet gelden<sup>90</sup> of opnieuw huwde<sup>91</sup> of ook louter op grond van de vaststelling dat ze gedurende geruime tijd de kans heeft gehad om zich tegen de verstoting te verzetten en dat heeft nagelaten<sup>92</sup>.

Ook kan de loutere aanvaarding van onderhoudsgeld of van een troostprijs (*mout'a*) o.i. niet geïnterpreteerd worden als een instemming met de verstoting<sup>93</sup>. Het is begrijpelijk dat de vrouw kiest voor meer financiële zekerheid. Daarmee is nog niet gezegd dat ze instemt met de feitelijke scheiding, laat staan met de verstoting.

De genoemde rechtshandelingen en tekenen getuigen op zich niet van instemming, maar louter van een roeien met de riemen die men heeft. Het is daarbij niet altijd duidelijk of die riemen zelf gekozen zijn.

**27.** Zeker als het toepasselijke buitenlandse recht de verstoting heeft ingesteld als enige wijze van huwelijksontbinding tijdens het leven, menen we dat een stelselmatige weigering om de verstoting te erkennen, zonder te informeren naar de wensen van de verstoten vrouw, niet gerechtvaardigd is.

---

Zie ook Duitse I.P.R.-rechtspraak in die zin: zie o.m. OLG Zweibrücken Senat zur Familiensachen 11 december 1998, *www.jurisweb.de* (toewijzing van een vordering tot onderhoud door de uit de echt gescheiden vrouw, terwijl het Algerijnse recht daar na verloop van de *idda* nochtans niet in voorziet. Regeling naar Duits recht, na inroeping van de openbare-orde-exceptie, wegens behoefte van vrouw en kinderen. Behoeftigheid wordt systematisch aangenomen als er kinderen zijn en als de vrouw niet zelfstandig een inkomen kan verwerven, bv. wegens ziekte.

<sup>89</sup> J.Y. CARLIER, "Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 172. Zie ook voor een expliciete assimilatie: Rb. Luik 23 maart 2001, *J.L.M.B.* 2002, 167; C. PAMBOUKIS (1996), 244.

<sup>90</sup> Vroegere rechtspraak in die zin: Rb. Brussel 10 februari 1987, *T.B.B.R.* 1988, 487; Rb. Brussel 11 januari 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 399. Een bevestiging van ons standpunt lezen we in o.m. Arbeidshof Antwerpen 28 januari 2000, *T. Vreemd.* 2000, 158: noch een berusting in de verstoting door het aanvaarden van de bruidsgift, noch het aangaan van een nieuw huwelijk, noch het vorderen van onderhoudsgeld, kan aanleiding geven tot de erkenning van een verstoting die heeft plaatsgevonden met miskenning van de rechten van de verdediging. Zie evenwel de aanname ervan als impliciete instemming naar Nederlands I.P.R.: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Le droit international privé néerlandais et les relations Maroc – Pays-Bas", *Cahiers de droit maghrébin* 1995, 160.

<sup>91</sup> Vroegere rechtspraak in die zin: Rb. Brussel 27 november 1985, *T. Vred.* 1986, 186. Een bevestiging van ons standpunt lezen we in o.m. Arbeidshof Antwerpen 28 januari 2000, *T. Vreemd.* 2000, 158. Zie evenwel de aanname ervan als impliciete instemming naar Nederlands I.P.R.: H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Le droit international privé néerlandais et les relations Maroc – Pays-Bas", *Cahiers de droit maghrébin* 1995, 160.

<sup>92</sup> In die zin, m.n. op grond van de vaststelling dat ze de verstoting nooit had aangegeven, besloot de Brusselse rechter om de rechten van de nieuwe echtgenote van de man te beschermen tegen een 'laattijdige' vordering door de verstoten vrouw: Rb. Brussel 11 januari 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 399, noot M. TAVERNE.

<sup>93</sup> Zie ook Vred. Sint-Jans-Molenbeek 22 december 1992, *T. Vreemd.* 1993, 112, noot; Vred. Gent 30 april 1990, *T.G.R.* 1990, 94. *Contra*: Arbh. Antwerpen 27 november 1992, *B.T.S.Z.* 1994, 959, noot F. SLEGGERS

Laten we opnieuw uitgaan van de hypothese van een verstoting van de eerste echtgenote, met het oog op de erkenning van het tweede huwelijk in België. Het is denkbaar dat de polygame echtgenoot na de weigering van de Belgische rechter om de verstoting te erkennen, niet geneigd is om een vordering tot echtscheiding in te stellen. Daarbij zou hij immers vermoedelijk tot de betaling van onderhoudsgeld worden veroordeeld. Zijn stilzitten impliceert dat de eerste echtgenote slechts twee mogelijkheden wordt gelaten. Ofwel moet ze berusten in de feitelijke, maar niet juridisch erkende, verstoting<sup>94</sup>. Ofwel moet ze zelf een vordering tot echtscheiding instellen. Beide alternatieven zijn onwenselijk. Ook als ze zelf een vordering instelt, zal ze immers, behoudens bewijs dat haar man een fout beging, slechts toevlucht kunnen nemen tot de echtscheiding met onderlinge toestemming of de echtscheiding op grond van twee jaar feitelijke scheiding. Daarbij zal haar geen onderhoudsgeld worden toegekend, noch vrijwillig door de man, noch verplicht door de rechter.

Het is bovendien de vraag of een vrouw van wie het personeel statuut polygamie toelaat, erin kan slagen een schuldechtscheiding te bekomen. Franse Cassatierechtspraak heeft alvast uitgewezen dat de getrouwheidsplicht in geval van polygamie slechts betrekking heeft op derden t.a.v. de polygame gezinssituatie en niet op de onderlinge situatie van de polygame echtgenoot en zijn meerdere echtgenotes<sup>95</sup>. Om die reden menen meerdere Franse rechters dat bezwaarlijk een echtscheiding op grond van grove belediging kan worden toegestaan<sup>96</sup>. Om dezelfde reden menen we dat in algemene termen de tussenkomst van de exceptie van openbare orde, die grotendeels is gesteund op het argument van de getrouwheidsplicht, zo beperkt mogelijk moet worden gehouden t.a.v. vreemdelingen die nog geen stabiele verblijfspositie hebben verworven in België<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Ze kan wel steeds om de toekenning van een onderhoudsgeld tijdens de feitelijke scheiding verzoeken.

<sup>95</sup> Cass. fr. 20 oktober 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 540, noot Y. LEQUETTE, *J.D.I.* 1988, 446, noot A. HUET; L. PALSSON, o.c., 1974, 167; J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, 35.

<sup>96</sup> O.m. Paris 24 september 1998, *Juris data* ([www.jurifrance.com/wjuridiq/doc](http://www.jurifrance.com/wjuridiq/doc)), nr. 024016 ("de plus, en l'espèce, la femme ne peut prouver que cet état de fait lui était caché par le mari"). *Contra*: TGI Versailles 31 maart 1965, *JDI* 1966, 101: een echtscheiding op grond van grove belediging werd toegewezen aan de eerste Algerijnse echtgenote die met haar Algerijnse echtgenoot was gehuwd op een ogenblik waarop beiden reeds lange tijd in Frankrijk verbleven. Het feit dat de man voor zijn tweede huwelijk tijdelijk naar Algerije terug was gekeerd, bracht de rechter er tevens toe te besluiten tot *fraude à la loi*. In gelijkaardige zin: Dijon 10 mei 2000, *Juris data* ([www.jurifrance.com/wjuridiq/doc](http://www.jurifrance.com/wjuridiq/doc)), nr. 130444 (gesteund op inbreuk op de Franse getrouwheidsplicht). Dubbelzinnig is de uitspraak van Reims 7 mei 1998, *Juris data* ([www.jurifrance.com/wjuridiq/doc](http://www.jurifrance.com/wjuridiq/doc)), nr. 042772, waarbij foutechtscheiding op grond van polygamie werd toegewezen, maar de toekenning van een schadevergoeding aan de vrouw werd geweigerd, wegens gebrek aan beledigend karakter, aangezien polygamie sociaal en gewoonterechtelijk getolereerd wordt in Senegal.

<sup>97</sup> H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, Ed. librairie générale droit et jurisprudence, 1976, 421; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *Droit international privé*, 1993, 411; P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1991, 145; D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Paris, Dalloz, 1970, 296; B.

**28.** De echtscheiding of verstoting waarover we het hier hebben, onderscheidt zich mogelijk van de klassieke echtscheiding in die zin dat ze niet steeds overeenstemt met de realiteit. Ze is mogelijk niet meer dan een louter juridische constructie (schijnechtscheiding of –verstoting) om de tweede echtgenote van een recht op gezinshereniging te laten genieten<sup>98</sup>. De polygamie wordt vervolgens feitelijk voortgezet<sup>99</sup>.

Een zekere relativering is hier evenwel op zijn plaats. Een Belgische echtscheiding waarborgt evenmin de 'juiste' intenties van de betrokkenen. Ook Belgen gaan schijnechtscheidingen aan. Dergelijk argument kan m.a.w. niet volstaan om de huidige strenge houding t.a.v. verstotingen te handhaven.

Een gerechtvaardigd bezwaar kan daarentegen wél voortvloeien uit de bedenking dat vele vrouwen niet over hun eigen lot kunnen beschikken binnen de huidige gezinscultuur<sup>100</sup>. Is het geen illusie om hen juridisch keuzevrijheid te

---

AUDIT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 1991, 263. Zonder dit concrete voorstel te doen, stelt ook D. COHEN, "La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *R.C.D.I.P.* 1989, 480, dat de notie 'openbare orde' niet afgezwakt, maar integendeel verfijnd en verrijkt wordt door in dit verband het rechtvaardigheidsgevoel, de billijkheid en tolerantie te laten spelen. Deze opvatting dat de getrouwheidsplicht niet wordt geschonden, werpt evenwel een ander licht op de toepassing van de BIPOO-exceptie in dit verband. Deze toepassing wordt impliciet gesteund op het beginsel van de getrouwheidsplicht. Nemen we nu aan dat dat beginsel niet zonder meer getransponeerd kan worden op de situatie van polygame vreemdelingen zonder stabiele verblijfsspositie, dan reiken we een argument aan om t.a.v. hen niet langer op die grond over te gaan tot nietigverklaring van het polygame huwelijk. We hebben elders evenwel geargumenteed dat dergelijke nietigverklaring voor de tweede echtgenote financieel vaak de meest voordelige oplossing biedt, omdat haar goederen enkel via het huwelijksvermogensrecht kunnen worden beschermd.

<sup>98</sup> Door de echtscheiding of erkende verstoting wordt het tweede huwelijk geldig: communicatie Ministerie van Binnenlandse Zaken d.d. 27 april 2000 met de Algemene directie van de dienst vreemdelingenzaken; R.v.St. 24 mei 1984, nr. 24.401, *Rec. C.E.* 1984, 947 (*in casu* had geen echtscheiding plaatsgevonden; slechts vermelding van het principe); R.v.St. 9 juli 1986, *Rev. dr. étr.* 1986, 104; R.v.St. 29 augustus 1994, nr. 48.817, *R.A.C.E.* 1994 en R.v.St. 26 november 1998, nr. 77.261, *Rev. dr. étr.* 1998, 572. De beperking door art. 10 Vreemdelingenwet van de termijn voor gezinshereniging tot één jaar impliceert dat strikt genomen de 'nieuwe' echtgenoot geen recht geniet op gezinshereniging wanneer de eerste echtgenoot of een ander gezinslid van de man reeds ruim een jaar tevoren van het recht op gezinshereniging gebruik had gemaakt. In de praktijk wordt het wegvallen van het recht op gezinshereniging evenwel stelselmatig gecompenseerd door toekenning van de gunst van een machtiging tot verblijf. Deze praktijk volgt uit de verklaringen die terzake werden gedaan in de loop van de parlementaire voorbereidingen: Memorie van toelichting, *Gedr. St. Kamer* 1983-84, nr. 756/1, 5; Commissieverslag, *Gedr. St. Senaat* 1983-84, nr. 660/2, 37: "... de gunst wordt toegestaan, rekening houdend met wijzigingen in de familiale toestand (echtscheiding, weduwschap), en met de vraag of zij in staat zijn te voorzien in de behoeften van hun gezin". In de parlementaire voorbereiding werd voorts deze laatste voorwaarde geacht vervuld te zijn zodra de man of een andere in België verblijvende persoon ertoe bereid en in staat is om in het onderhoud van de echtgenote te voorzien.

<sup>99</sup> Cf. *infra*, hoofdstuk 4 (verblijfsrecht), randnrs 107 e.v., m.b.t. de Nederlandse middelen tot bestrijding van schijnverstotingen.

<sup>100</sup> M.-CL. FOLETS, "Enkele concrete voorstellen ter versteviging van de gezinspositie van Marokkaanse migrantenvrouwen in België: huwelijk en echtscheiding", in M.-C. FOLETS (ed.), *Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?*, Antwerpen, Maklu, 1998, 280, aarzelt tussen enerzijds een keuzerecht om discriminerende regels

verlenen, wanneer ze die vrijheid in de praktijk niet hebben?

Ons voorstel om een erkenning van de eerste huwelijksontbinding onder te schikken aan een onderhoudsregeling voor de voormalige echtgenote die gewoonlijk in België verblijft, neemt alvast het risico weg dat zij in een financieel afhankelijke positie zou worden gehouden. Ook al is er geen garantie op een optimale regeling, haar herwonnen financiële vrijheid zal haar in elk geval de kans bieden om zich ook sociaal te bevrijden van dwangsituaties.

**29. Naar een ruimere erkenning van verstotingen?** Alle gepubliceerde uitspraken die dateren van na het arrest van het Hof van Luik van 1975 en waarbij eveneens uitspraak werd gedaan over het bedrag van de onderhoudsuitkering aan de eerste echtgenote na feitelijke scheiding, hebben het tweede huwelijk genegeerd. Telkens was de polygame situatie nochtans mogelijk onbewust en ongewild gecreëerd. Ze was het ongewenste gevolg van een botsing tussen twee rechtsculturen<sup>101</sup>, m.n. van een verschillende omgang met eenzelfde verstoting. Wordt een buitenlandse verstoting in België niet erkend en huwt de man opnieuw, dan bestaan in de ogen van de Belgische rechter gelijktijdig twee huwelijken en is het polygamieverbod overtreden.

De weigering van de vrederechter van Sint-Gillis<sup>102</sup> om de verstoting door een Marokkaanse man van zijn eerste echtgenote te erkennen, heeft tot gevolg gehad dat het tweede opvolgende huwelijk van de betrokkene ongewild een polygaam huwelijk werd<sup>103</sup>. De rechter steunde zijn weigering om de verstoting te erkennen op de strijdigheid ervan met de openbare orde "en tant qu'elle méconnaît l'égalité des époux". De man had tevens verzocht om opheffing van de alimentatieplicht jegens de eerste echtgenote, om zijn tweede vrouw te kunnen onderhouden. De rechter besloot evenwel dat "ce second mariage ne

---

toch van toepassing te laten, een toelating om primauteit te verlenen aan het recht om voor de meest vertrouwde rechtsregel te kiezen, dit uit respect voor de rechtscultuur van elk individu, en anderzijds waakzaamheid voor dergelijke keuzevrijheid, op grond van de genoemde bedenking.

<sup>101</sup> De juridische behandeling van dergelijke ongewilde polygamie is het voorwerp geweest van een hevige polemiek in de Duitse rechtsleer: H. DOLLE, *Familienrecht II: Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen*, Karlsruhe, Müller, 1965, §9, 120; J. GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, München/Berlin, Beck, 1964, 80; HOFFMANN-STEPHAN, *Kommentar Ehegesetz*, München, 1968, §5, nr. 16: discussie over de vraag of een huwelijk ongewild polygaam kan worden en vervolgens nietig is. De overwegende opvatting ter zake is bevestigend.

<sup>102</sup> Vred. Sint-Gillis 15 oktober 1987, *J.J.P.* 1989, 114.

<sup>103</sup> In dezelfde zin: Vred. Sint-Gillis 27 april 1982, *J.J.P.* 1986, 169; Corr. Brussel 12 juni 1953, *Pas.* 1954, III, 60; Vred. Sint-Joost-ten-Node 2 april 1981, *T. Vreemd.* 1981, 32; Antwerpen 20 maart 1991, *T.B.B.R.* 1992, 409, noot M. LIENARD-LIGNY; Brussel 9 mei 1995, *A.J.T.* 1995-96, 149; Brussel van 21 februari 1997, *onuitg.*, besproken in M.A. BEERNAERT, "Droit pénal de la famille. Chronique de jurisprudence 1992-1997", *Divorce* 1998, 100; Rb. Mechelen 8 februari 2001, *A.R.* 01/105/A, *onuitg.* (ook na een latere geldige echtscheiding met onderlinge toestemming werd het tweede huwelijk nog nietigverklaard, ook al was het op dat ogenblik reeds het enige huwelijk). Naar Zwitsers recht blijft het tweede huwelijk wel geldig, wanneer na de huwelijksluiting blijkt dat het eerste huwelijk niet rechtsgeldig was ontbonden; naar Zweeds recht wordt het huwelijk niet nietigverklaard, maar slechts ontbonden: COESTER-WALTJEN en COESTER, o.c., 37.

peut qu'avoir été conclu en fraude des droits de la défenderesse de sorte qu'il ne peut en être tenu compte" en verhoogde het bedrag van de alimentatie, op tegenvordering van de eerste echtgenote, van 2000 tot 5000 Bfr.

30. We kunnen de rechter volledig volgen in zijn beslissing om geen rekening te houden met het gegeven dat de man in toepassing van zijn personele recht *slechts* zijn tweede echtgenote diende te onderhouden. Gezien de weigering om de verstoting te erkennen, is er naar Belgisch recht sprake van polygamie. Er moet rekening worden gehouden met het eerste huwelijk. De gegevens van de zaak laten ons niet toe om te bepalen welke houding best had kunnen worden aangenomen t.a.v. het tweede polygame huwelijk. Meer informatie over het al dan niet stabiele verblijf van de betrokkenen had daartoe tot richtlijn kunnen dienen. We werken zo dadelijk uit welk oplossingsmodel ons in elke hypothese verkieslijk lijkt.

De uitkomst van het geschil is evenwel duidelijk niet optimaal. Feit is dat de man in toepassing van zijn personele recht *slechts* zijn tweede echtgenote diende te onderhouden. Ook de hypothese dat hij niet in staat zou zijn om beide vrouwen te onderhouden, zou de geldigheid van het tweede huwelijk niet aantasten. De Marokkaanse bepaling die polygamie slechts toelaat mits de betrokkene beide vrouwen kan onderhouden, is *in casu* immers niet toepasselijk<sup>104</sup>. De man heeft met name zijn eerste echtgenote rechtsgeldig eenzijdig verstoten. Het zopas genoemde Marokkaanse huwelijksbeletsel is m.a.w. niet overtreden, aangezien er naar dat recht geen polygamie voorhanden is. We menen dan ook dat de tweede echtgenote niet het slachtoffer had mogen worden van de – naar Marokkaans recht juiste – opvatting van de man ten tijde van de tweede huwelijkssluiting dat hij niet langer een echtelijke band had met zijn eerste echtgenote<sup>105</sup>.

31. Het spreekt voor zich dat de man niet kon worden ontheven van zijn alimentatieplicht jegens de eerste echtgenote. We menen evenwel dat hij, in navolging van het Luikse Hof, rekening had kunnen houden met de feitelijke last

<sup>104</sup> Bovendien was de voorwaarde ten tijde van de uitspraak niet afdwingbaar, aangezien ze toen nog niet gekoppeld was aan een verplichte rechterlijke toestemming met het tweede huwelijk. Deze koppeling is slechts doorgevoerd bij de wijziging van de Mud. in 1993 (Edel decreet nr. 1.93.347 van 22 rabii al akhir 1414 (10 september 1993), *Staatsblad* nr. 4222, 12 rabii al akhir 1414 (29 september 1993).

<sup>105</sup> Dat neemt niet weg dat beide echtgenotes het *in casu* zouden hebben moeten stellen met een kleine onderhoudsuitkering. De man was immers niet erg vermogend. Dat kwam *in casu* tot uiting door zijn verzoek om de onderhoudplicht jegens de eerste echtgenote op te heffen. Ook al was het huwelijk polygaam geweest, dan nog hadden beide echtgenotes gelijk moeten worden behandeld. De Mud. stelt immers slechts op het ogenblik van de huwelijkssluiting de vereiste voorop dat de man slechts polygaam mag huwen als hij in staat is om alle echtgenotes te onderhouden. Het Marokkaans recht laat daarentegen niet toe om het tweede huwelijk nietig te verklaren als de man in de loop van het huwelijk niet meer over voldoende middelen beschikt. De voorwaarde van voldoende middelen is slechts een relatief huwelijksbeletsel (M. M'SALHA, *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, doctoraat, 1999, 59). De financiële toestand van de man kan elk ogenblik veranderen en wordt dus slechts op het ogenblik van huwelijkssluiting beoordeeld.



van het tweede huwelijk. Alvorens over te gaan tot een verhoging van de alimentatie t.b.v. de eerste echtgenote, was daarom beter nagegaan of de man deze verhoging financieel aankon zonder zijn tweede echtgenote daarmee schade te berokkenen.

**32.** O.i. had de rechter er beter aan gedaan de verstoting te erkennen. Vervolgens had hij kunnen vaststellen dat de eerste echtgenote weliswaar recht had op een onderhoudsuitkering, maar dat die er niet voornamelijk op gericht moest zijn om haar in staat te stellen om haar *levensstandaard* van tijdens het eerste huwelijk te behouden. In eerste instantie had aan de *behoeften* van de eerste echtgenote kunnen worden voldaan. In tweede instantie had de rechter best rekening kunnen houden met de behoeften van de tweede echtgenote en desgevallend ook haar *levensstandaard* tijdens het huwelijk, mocht de verstoting of echtscheiding van de eerste echtgenote pas geruime tijd na het ontstaan van de polygame situatie zijn voorgevallen. We menen dat de rechter pas in derde instantie rekening had moeten houden met het belang van de eerste echtgenote om haar *levensstandaard* tijdens het eerste huwelijk te behouden.

Dit voorstel is voor de eerste echtgenote bij echtscheiding minder voordelig dan in geval van louter feitelijke scheiding. Een afweging a.h.v. de criteria van het echtscheidingsrecht, dat rekening houdt met de nieuwe huwelijkslasten van de man, is hier immers aangewezen. In de uitspraak van de vrederechter daarentegen<sup>106</sup> bleef het eerste huwelijk voortbestaan en moest het daarom zoveel mogelijk onder dezelfde materiële condities als voorheen door de eerste echtgenote kunnen worden voortgezet. Dit verklaart mogelijk de gestrengheid van zijn uitspraak. Niettemin had hij rekening kunnen houden met de feitelijke situatie van de tweede echtgenote. Had hij bovendien de verstoting erkend, dan had hij beide vrouwen een aanspraak op onderhoud verleend.

**33.** *Voorstel tot algemene erkenning als de eerste echtgenote om erkenning van de verstoting verzoekt.* Zoals we reeds hebben geargumenteed, moet de verstoten echtgenote de kans krijgen om een verstoting die is uitgesproken met schending van haar rechten<sup>107</sup>, niettemin te laten erkennen<sup>108</sup>. Daartoe moet

<sup>106</sup> Cf. *supra*, randnrs 23 e.v.

<sup>107</sup> Zie evenwel de opgang in meerdere islamitische Staten van het pleidooi voor een verstoting met onderlinge toestemming en compensatie als enige ontbindingswijze: o.m. Déclaration de Dacca sur les droits de l'homme en islam (Casablanca 1984, vierde bijeenkomst OCI); A. MOULAY R'CHID, "Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans", *Rec. des Cours* 1997, 108; Beleidsverklaring Marokkaanse regering, *Plan d'action national pour l'intégration des femmes au développement. Les principales propositions*, januari 2000, <http://www.maghreb-ddh.sgdg.org/actualité/femmes.html>.

<sup>108</sup> We maken met ons voorstel abstractie van de vraag of de verstotingstechniek niet überhaupt onaanvaardbaar is omdat het het beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw schendt. Ook al is dat in beginsel het geval (zie ook Brussel 30 juni 1981, *J.T.* 1981, 656, noot M. TAVERNE; Rb. Brussel 18 november 1986, *Rev. dr. étr.* 1987, nr. 44, 96; Rb. Brussel 6 november 1996, *A.J.T.* 1996-97, 344, noot K. LAMBEIN; Vred. Antwerpen 12 mei 1987, *T. Vreemd.* 1988, nr. 50, 25; Vred. Tubeke 29 oktober 1987, *J.J.P.* 1988, 125; Vred. Sint-Gillis 13 oktober 1981, *J.T.* 1982, 362; Vred. Sint-Gillis 27 april 1982, *T. Vred.* 1986, 169; Vred. Sint-Gillis

evenwel haar persoonlijke evaluatie centraal staan. Het volstaat niet om een inbreuk op haar fundamentele rechten te “compenseren” met een redelijke onderhoudsuitkering<sup>109</sup>. We kunnen ons niet aansluiten bij volgende uitspraak van de Gentse vrederechter in 1990: “wanneer het persoonlijk statuut van de vreemdelingen evenwel de ongelijkheid tussen man en vrouw ten aanzien van de echtscheiding erkent, zoals dit het geval is voor Marokko, omdat ze een eigenheid is van de Marokkaanse cultuur die in de wet wordt ingebouwd, de Belgische rechter dit persoonlijk statuut moet eerbiedigen. Hierdoor erkent hij gewoon het bestaan van culturele verscheidenheid tussen eigen onderdanen en vreemdelingen, wat niet noodzakelijk meebrengt dat de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde wordt geschonden”. Dergelijke redenering maakt o.i. inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. We menen dat het openbare-ordekarakter van het recht op verdediging het haalt op het argument van de culturele verscheidenheid. Ongeacht of beide situaties al dan niet vergelijkbaar zijn, moeten ze beide bescherming genieten van de genoemde hogere waarden.

**34.** Slechts de wil van de verstoten echtgenote kan rechtvaardigen dat een ongeldige verstoting wordt geregulariseerd<sup>110</sup>. Indien de vrouw zich tegen de verstoting verzet, past het om te informeren naar de reden van dat verzet. Steunt het op het principe van de verstoting zelf, op de vaststelling dat haar verblijfsrecht zou vervallen zolang ze nog geen stabiele verblijfsspositie verworven heeft of op de angst om zonder middelen van bestaan te vallen? In de laatste hypothese volstaat het o.i. dat de vrouw erop wordt gewezen dat de erkenning van de verstoting zal worden gekoppeld aan de vaststelling van een

---

15 oktober 1987, *J.J.P.* 1989, 114; Vred. Antwerpen 20 november 1987, *Rev. dr. étr.* 1988, nr. 50, 157; Vred. Lokeren 23 september 1988, *Rev. dr. étr.* 1989, 45; Rb. Tongeren 1 september 1989, *T.B.B.R.* 1991, 174; Vred. Gent 22 mei 1989, *Rev. dr. étr.* 1990, 174, noot A. VAN MENSEL. *Contra*: Rb. Namen 17 mei 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 431, noot J.Y. CARLIER), we menen dat de feitelijke situatie en de wil van de vrouw om deze schending te dekken primeren.

<sup>109</sup> In dergelijke zin nochtans (m.b.t. een verstoting binnen een monogaam huwelijk): Rb. Luik 17 oktober 1978, *J.L.* 1978-1979, 75; Vred. Gent 30 april 1990, *T.G.R.* 1990, 94. Zie ook Cass. fr. 3 november 1983, *J.D.I. Clunet* 1984, 329, noot P. KAHN, die daarmee de gelijkstelling door de Frans-Marokkaanse conventie van 10 augustus 1981 van verstoting en echtscheiding bekrachtigt “dès lors que le statut personnel commun des époux en tempère les effets par les garanties pécuniaires qu’il accorde à la femme”.

<sup>110</sup> Eenzelfde keuzerecht voor de betrokken vrouw lijkt ons eveneens het billijkst in een zaak waar een echtscheiding door een rechtbank te Jelgava uitgesproken, in België niet werd erkend wegens schending van de rechten van de verdediging. De rechter oordeelde dat het tweede huwelijk van de man geen gevolg kon hebben in België en dat er sprake was van bigamie: Rb. Brussel 10 maart 1956, *Pas.* 1958, III, 16. Eenzelfde situatie deed zich voor in Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42; Cass. fr. 28 maart 1979, *R.T.D.Civ.* 1980, 557, noot R. NERSON (verbreking van een arrest tot toewijzing van echtscheiding, omdat de uitspraak niet bij aangetekende brief met ontvangstbewijs aan de partijen was betekend, zoals art. 675, tweede lid Code proc. civ. voorschreef. In de tussentijd was één van de partijen reeds herhuwd). Rb. Charleroi 5 juli 1951, *J.T.* 1952, 73, *Pas.* 1953, III, 75, *Rev. adm.* 1952, 138, wijst uit dat het voordeel van een putatief huwelijk aan de beide partners kan worden verleend, wanneer het tweede huwelijk was aangegaan, terwijl de vrouw nog was gehuwd met een man. De vrouw had gemeend dat haar eerste echtgenoot bij de tweede huwelijkssluiting reeds was overleden, bewering die ze evenwel niet hard kon maken.

onderhoudsplicht<sup>111</sup>, zoals reeds is besloten door rechtspraak in toepassing van art. 570 Ger.W.<sup>112</sup>. Op die manier wordt de vrouw de keuze gelaten tussen een nieuw leven of het voortzetten van een mislukt huwelijk, dat haar sociaal evenzeer kan isoleren als een verstoting en haar voortdurend zal confronteren met de tweede echtgenote. Deze laatste is van de situatie eveneens een onschuldige slachtoffer, mits ze zelf redelijkerwijze kon geloven in de geldigheid van de verstoting.

**35.** De voorgestelde versoepeling zou vandaag ook een wenselijkere uitkomst kunnen bieden aan situaties zoals deze die in 1983 voor het Brusselse Hof van beroep is gebracht<sup>113</sup>. Een huwelijk tussen twee Marokkanen werd als polygaam

<sup>111</sup> In dezelfde zin pleiten volgende auteurs voor een erkenning van de verstoting, aangezien de vrouw geen verzoening nastreeft, maar het er haar slechts om te doen is zichzelf en haar kinderen te beschermen tegen de negatieve financiële gevolgen van de verstoting: A. VAN MENSEL, "L'attitude des juges belges face au divorce par répudiation", *Rev. dr. étr.* 1990, 174; J.Y. CARLIER, "La reconnaissance des répudiations", (noot onder Cass. 11 december 1995), *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 165.

<sup>112</sup> Cass. 11 december 1995, *R.W.* 1995-96, 1339, noot J. ERAUW, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 165, noot J.Y. CARLIER, *Rev. dr. étr.* 1996, 185, noot M.C. FOLETS, *Div. Act.* 1996, 116, noot M. LIENARD-LIGNY, *T. Vreemd.* 1997, 24, noot; Brussel 30 juni 1981, *J.T.* 1981, 656, noot M. TAVERNE, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 31, noot; Rb. Brussel 9 april 1997, *Rev. dr. étr.* 1997, 254, noot M.C. FOLETS; Vred. Namen 20 oktober 1988, *R.R.D.* 1988, 437; Rb. Brussel 3 februari 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 212, noot (impliciet); Vred. Antwerpen 12 mei 1987, *T. Vreemd.* 1988, 25; Vred. Fléron 8 mei 1979, *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 227, *J.L.M.B.* 1980, 182, noot M. LIENARD-LIGNY. Zie ook reeds Omz. 27 juni 1978, *B.S.* 1 juli 1978; Omz. 30 april 1984 betreffende de erkenning door de ambtenaren van de burgerlijke stand van buitenlandse beslissingen inzake de staat van de persoon, *B.S.* 30 mei 1984, inzake de verstoting van een bipatride Belg, aangevuld door Omz. 27 april 1994 ter aanvulling van de omzendbrief van 13 maart 1980 tot wijziging van de punten II en III van de omzendbrief van 27 juni 1978 betreffende sommige problemen inzake vreemdelingen, *B.S.* 19 mei 1994 (art. 179 code de la procédure civil marocain, bepaalt dat de rechter bij de homologatie van de verstotingsakte de onderhoudsvergoeding voor de vrouw tijdens de *idda* bepaalt, alsmede haar verblijfplaats, de schadevergoedingen, betaling van het saldo van de bruidsprijs, het onderhoudsgeld voor de kinderen en het bezoekrecht voor de vader. Er is geen verhaal tegen deze ordonnantie mogelijk. Een toepassing ervan reikt argumenten aan om een verstoting te erkennen. Hierover: J.-Y. CARLIER, *l.c.*, *J.T.* 1985, 101). Dergelijke oplossing is naar resultaat vergelijkbaar met de regeling van onze buurlanden. Eerder dan een loutere toekenning van de troostprijs, mout'a (zie evenwel in deze zin: Cass. fr. (Rohbi) 3 november 1983, *R.C.D.I.P.* 1984, 325, noot I. FADLALLAH, *J.D.I.* 1984, 329, noot PH. KAHN; M. FADLALLAH, "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane", *R.C.D.I.P.* 1981, 17), treedt stelselmatig het systeem van de onderhoudsvordering van het *forum* in werking. Art. 8 Verdrag van Den Haag van 2 oktober 1973 inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen, verwijst m.n. inzake onderhoudsverplichtingen na echtscheiding of nietigverklaring van het huwelijk naar de wet die is *toegepast* (niet: die normaal toepasselijk is) op de echtscheiding of nietigverklaring, mits deze wet de wet is van de verdragssluitende Staat waar de echtscheiding of nietigverklaring is uitgesproken. Aangezien een verstoting als dusdanig niet wordt erkend en d.m.v. de exceptie van openbare orde de *lex fori* wordt toegepast, is dat steeds het geval. Hierdoor wordt dezelfde wet toegepast op de toekenning van de echtscheiding, als op de onderhoudsverplichtingen die eruit voortvloeien.

België heeft het Verdrag slechts ondertekend. Frankrijk, Nederland, Luxemburg, Duitsland, Italië, Japan, Polen, Portugal, Spanje, Turkije en Zwitserland zijn gebonden. De bepalingen gelden ongeacht of de rechtszoekende de nationaliteit van een verdragstaat heeft (art. 3 sluit een reciprociteitsvereiste uit).

<sup>113</sup> Brussel 26 oktober 1983, *T. Vreemd.*, afl. 36-37, 29. Bespreking *cf. infra*, randnrs 77 en 93.

huwelijk gekwalificeerd. De man had zijn eerste vrouw verstoten. Deze verstoting werd niet erkend. De eerste vrouw had de politie nochtans verklaard dat ze “était entièrement d'accord sur la répudiation parce qu'elle ne peut avoir d'enfant et qu'elle se considérait comme divorcée selon la loi coranique”.

**36.** We menen dat inmiddels een grotere openheid is gegroeid om rekening te houden met de feitelijke situatie. Het recht wordt steeds meer versoepeld met het oog op meer zelfbeschikking. Bij de systematische toetsing van de verstoting aan de voorwaarden die art. 570 Ger. W. stelt aan buitenlandse beslissingen, alvorens ze te erkennen en ten uitvoer te leggen (*cf. infra*), kan meer nadruk worden gelegd op de vraag of de verstoten echtgenote, zonder fraude-oogmerk, met deze toestand instemt<sup>114</sup>.

Ook reikt de geest van de recente Brussel II-Verordening een argument aan om verstotingen ruimer te erkennen. De Verordening laat weliswaar toe dat de erkenning van een nietigverklaring of echtscheiding wordt geweigerd in geval de inleidende akte (dagvaarding bv.) niet betekend of ter kennis is gebracht van de verdediging ‘en temps utile et de telle manière qu’il puisse pourvoir à sa défense’. Deze laatste weigeringsgrond wordt evenwel alsnog uitgesloten als zou blijken dat de verdediging de beslissing ondubbelzinnig heeft aanvaard. De Verordening

<sup>114</sup> In deze zin: Rb. Brussel 3 februari 1982, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 212, noot (expliciete aanvaarding); TGI Paris 5 december 1979, *R.C.* 1981, 88 (expliciete aanvaarding); T.G.I. Seine 26 oktober 1959, *J.D.I. Clunet* 1960, 814, noot SIALELLI (berusting); T.G.I. Paris 27 september 1990, *N.C.* 1992, 70, kritische noot Y. LEQUETTE. Lees eveneens F. MONEGER, *J.D.I.* 1992, 347.

Weigering om de verstoting te erkennen wegens niet-aanvaarding door de betrokken vrouw: Rb. Brussel 25 juni 1980 en 30 juni 1981, *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 28.

Zie reeds het Europese recht ter zake m.b.t. beslissingen van lidstaten inzake echtscheiding, scheiding van tafel en bed en nietigverklaring van het huwelijk: art. 15b Regl nr. 1347/2000 van de Raad van de EG van 29 mei 2000 met betrekking tot de bevoegdheid, erkenning, uitvoering van beslissingen in huwelijksaangelegenheden en inzake ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen, *PB. L.* 160 van 30 juni 2000, 19-29, sluit de erkenning van een vreemde beslissing inzake echtscheiding, scheiding van tafel en bed of nietigverklaring uit als de rechten van de verdediging zijn geschonden, “à moins qu’il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque”. Het reglement is mede geïnspireerd door een akte van de Raad van de EU van 28 mei 1998, *PB. C.* 221 van 16 juli 1998, 1, waarin deze de lidstaten aanbeval om een verdrag inzake bevoegdheid, erkenning en uitvoering van beslissingen in huwelijksaangelegenheden aan te nemen. (zie punt 6 toelichting bij Brussel II). Het reglement vult een lacune van het verdrag van Brussel van 1968 op, dat m.n. niet handelt over de staat van de persoon. Slechts Denemarken is in toepassing van haar protocol bij het EU-verdrag niet gebonden door het verdrag (art. 1.3 en aanhef punt 25). Bepaling 8 verduidelijkt dat ook beslissingen m.b.t. derdelanders worden bedoeld: “il convient que le présent règlement prévoie des mesures cohérentes et uniformes, permettant une circulation de personnes aussi ample que possible. De ce fait, il est nécessaire de l’appliquer également aux ressortissants d’Etats-tiers qui présentent un lien d’attachement suffisamment fort avec le territoire de l’un des états-membres, conformément aux critères de compétence prévus dans le règlement”. Uit het nauwe-band-criterium leiden we wel af dat enkel beslissingen m.b.t. derdelanders door de autoriteiten van een EU-lidstaat worden bedoeld. Ook al is zulks slechts expliciet bepaald in bepaling art. 14.1, bepaling 16: “La reconnaissance et l’exécution des décisions rendues dans un Etat membre reposent sur le principe de la confiance mutuelle”, lijkt te verwijzen naar een sterke vertrouwensband, waar slechts het unielidmaatschap van de betrokken Staten mee kan worden bedoeld.

heeft weliswaar slechts betrekking op de erkenning van uitspraken die binnen de E.U. hebben plaatsgevonden. De geest ervan kan de nationale rechter evenwel mogelijk aanzetten tot een soepele omgang met aanvaarde verstotingen.

**37. Voorstel bij instemming van de echtgenote zonder stabiele verblijfsspositie.** Ingeval de vrouw nog geen stabiel verblijf in België genoot op het ogenblik van de verstoting, zou op die manier een correctie worden doorgevoerd in die zin dat de verstoting in toepassing van haar personele recht, ook bij miskennen van het recht van verdediging, zou worden erkend, op voorwaarde dat de vrouw achteraf met de verstoting instemt en dat haar een redelijk onderhoudsgeld werd of wordt toegekend. Door de zwakke aanknoping bij de Belgische rechtsorde kan de BIPOO corrigerend i.p.v. afwijzend optreden. I.p.v. de verstoting zonder meer af te wijzen, zou ze worden gecorrigeerd door haar alle waarborgen van een echtscheiding te verlenen. Blijkt dat de vrouw ook op het ogenblik van de beslissing om de verstoting al dan niet te erkennen, nog niet beschikt over een stabiele verblijfsspositie, en evenmin een andere rechtsgrond kan aanhalen om voortgezet verblijf op te steunen, dan zal de erkenning tot gevolg hebben dat haar verblijfsrecht vervalt. Het besef van deze implicatie zal haar er vermoedelijk van weerhouden om in te stemmen met de verstoting. Het risico is immers groot dat ze in het land van herkomst niet langer welkom zal zijn in haar familie. Een verstoting uit de gezinskring heeft wel eens vaker een verstoting uit de grote familie tot gevolg<sup>115</sup>.

**38.** Deze doortrekking van de familiale situatie naar de verblijfssituatie brengt ons tot het besef dat een man die gewoonlijk in België verblijft de verstoting zou kunnen aanwenden als techniek om tegelijk in toepassing van zijn personeel recht geldig gehuwd te zijn met twee vrouwen en toch het verblijfsrecht van zijn eerste echtgenote niet in het gedrang te brengen. Verblijft de tweede echtgenote reeds op zelfstandige basis in België, dan kunnen mogelijk, in afwachting van de instemming van zijn eerste echtgenote met haar verstoting en de daaropvolgende erkenning van het tweede huwelijk, inmiddels reeds bepaalde rechtsgevolgen worden verbonden aan dat laatste huwelijk. Zodra de eerste echtgenote een zelfstandig verblijfsrecht heeft verworven, kan ze instemmen met de verstoting en wordt het tweede huwelijk geldig. Verblijft de tweede echtgenote nog niet in België op zelfstandige grond, dan kan ze vanaf dat ogenblik aanspraak maken op gezinshereniging. Om dergelijk misbruik van het verblijfsrecht te voorkomen, is het van belang om aan te nemen dat in hoofde van een man die op stabiele wijze in België verblijft steeds sprake is van kwade trouw wanneer hij zijn eerste echtgenote in het land van herkomst gaat verstoten en vervolgens huwt met een andere vrouw. Zoals we reeds aangaven, steunen we deze aanname van kwade trouw op het gegeven dat hij na lang verblijf in

<sup>115</sup> Hierover o.m. I. ESVELDT en J.J. SCHOORL, "Veranderingen in de huwelijkssluiting van Turken en Marokkanen in Nederland", *Bevolking en gezin* (Ndl.), 1998, 59-74; V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een tweesporenbeleid", *Nemesis* 2002, 84; F.J.A. VAN DER VELDEN, "Marokkaans en Nederlands familierecht: botsende concepten en praktische oplossingen", *Justitiële verkenningen* 2001, nr. 5, 32-46.

België moet weten dat beide rechtshandelingen hier in beginsel niet erkend worden.

**39.** Slechts een koppel waarbij de man een stabiele verblijfsgeschiedenis heeft, heeft belang bij de genoemde frauduleuze constructie. Slechts deze man kan zijn eerste echtgenote immers op haar beurt via de gezinshereniging een stabiele verblijfsgeschiedenis bezorgen<sup>116</sup>. Het volstaat bijgevolg om een constructie op te zetten waarbij de man vanaf het ogenblik dat hij een verzoek tot gezinshereniging formuleert ten behoeve van zijn tweede echtgenote, in de veronderstelling dat zijn eerste huwelijk rechtsgeldig is ontbonden, erop wordt gewezen dat dat momenteel onmogelijk is en dat frauduleuze handelingen met het oogmerk om de eerste echtgenote een zelfstandig verblijfsrecht te bezorgen, tot gevolg zullen hebben dat geen familieleden meer wordt aangenomen met zijn tweede echtgenote. Licht tussen de tweede huwelijksluiting en de instemming van de eerste echtgenote met de verstoting een ruime tijd, dan kan dat volstaan om aan te nemen dat het huwelijksleven niet (langer) daadwerkelijk wordt beleefd. De betrokkenen kunnen hun verzoek om gezinshereniging in dat geval niet meer steunen op het huwelijk. Ze zullen eerst in het buitenland terug een feitelijk familieleden moeten opbouwen.

**40.** Dergelijke constructie kan niet beletten dat een man eenvoudigweg wacht om zijn eerste echtgenote te verstoten tot het ogenblik waarop zij haar zelfstandig verblijfsrecht reeds verworven heeft. Stemt zij in met de verstoting, dan kan hij onmiddellijk huwen met een andere vrouw en haar laten overkomen. Dit risico is de keerzijde van het mensenrecht om te huwen. Tussentijd is m.a.w. slechts mogelijk wanneer er voldoende aanwijzingen zijn dat er een juridische constructie is opgezet die opzettelijk tijdelijk buiten werking wordt gesteld. Zijn er geen voldoende redenen om kwade trouw te vermoeden, dan kan een laattijdig in aanmerking komen voor gezinshereniging de betrokkenen niet aangerekend worden in die zin dat er geen feitelijk gezinsleven meer zou worden aangenomen. Het verblijfsrecht laat hen immers niet toe zich eerder te verenigen. Behouden telefonische contacten, financiële steun en eventueel bezoeken kunnen aantonen dat het familieleden op afstand is blijven voortbestaan. In onze hypothese van een frauduleuze constructie kan het vermoeden van kwade trouw daarentegen ook dergelijke tekenen neutraliseren.

**41.** We beseffen weliswaar dat de tweede echtgenote te goeder trouw het slachtoffer kan worden van een streng optreden tegen frauduleuze constructies in hoofde van de man. De strijd tegen frauduleuze constructies verdient o.i. evenwel voorrang te krijgen. We vergen m.a.w. onrechtstreeks van een vrouw die polygaam huwt met een persoon die reeds sinds geruime tijd in een westers land woont, dat ze weet dat ze het risico loopt dat haar huwelijk er niet zal worden erkend. Was ze bij de huwelijksluiting niet op de hoogte van de

---

<sup>116</sup> De vrouw zou immers de erkenning van de verstoting uitstellen zolang ze afhankelijk is van het huwelijk om een stabiele verblijfsgeschiedenis te verwerven. Kan ze die op een andere grond verwerven, dan zal ze zich niet tegen de verstoting verzetten.

polygamie, dan had ze niet op de hoogte *kunnen* zijn van het risico. Het feit dat ze haar man niet onmiddellijk kan volgen naar België zal haar dat evenwel vermoedelijk snel duidelijk maken. In dat geval is ze behoorlijk snel geïnformeerd over haar positie. Worden de verblijfsrechtelijke problemen door de man op bedrieglijke wijze geduid met verhalen van een logge administratie en een loutere aansleep van formaliteiten, dan kan haar onwetendheid te goeder trouw lang aanhouden. *En mariage trompe qui peut*, vormt een zwakke, maar enigszins rechtens aanvaardbare rechtvaardiging om de tweede vrouw ook dan juridisch aan haar lot over te laten en het tweede huwelijk niet te erkennen.

**42. Voorstel bij instemming van de echtgenote met stabiele verblijfspositie.** Blijkt dat de eerste echtgenote inmiddels wel reeds op stabiele wijze in België verblijft, dan is de kans al groter dat ze met de verstoting zal instemmen. In dat geval zou haar instemming evenwel *a priori* onverenigbaar kunnen worden bevonden met de BIPOO als ze ook op het ogenblik van de verstoting reeds op stabiele wijze in België verbleef.

De nauwe band die ze door haar verblijf heeft met de Belgische rechtsorde volstaat dan immers om een wijziging van de staat van de persoon in het buitenland op een wijze die ingaat tegen de Belgische rechtsopvattingen als frauduleus te kwalificeren<sup>117</sup>. Een verstoting kan op elk ogenblik en ongemotiveerd worden uitgesproken. Een eenzijdige echtscheiding naar Belgisch recht biedt meer waarborgen en verloopt daardoor moeizamer. Het is denkbaar dat de partners gemakshalve het buitenland opzoeken met frauduleuze oogmerken.

Een argument tegen een strenge aanpak zou kunnen zijn dat een echtscheiding met onderlinge toestemming duurder is. Ziet de vrouw in dat het huwelijk geen zin meer heeft, dan zou ze zich 'frauduleus' in het land van herkomst kunnen laten verstoten en beschermt ze tegelijk haar belangen door de erkenning in België afhankelijk te stellen van de toekenning van een onderhoudsuitkering. Rekening houdend evenwel met de Belgische wetgevende evolutie in de richting van een schuldloze echtscheiding<sup>118</sup>, die niet langer zou worden gekoppeld aan

<sup>117</sup> Zie voorheen reeds niet-erkenning van de verstoting wegens fraude à la juridiction: Cass. fr. 6 juni 1990, noot F. COURBE: ook al laat de Frans-Marokkaanse conventie toe dat partners van eenzelfde nationaliteit hun huwelijk laten ontbinden door de bevoegde autoriteit in het land van hun nationaliteit, zulks mag niet met frauduleus oogmerk zijn gebeurd.

<sup>118</sup> Het Hof van Cassatie heeft recent een eerste stap in die richting gezet: Cass. 18 april 2002, <http://www.cass.be>, door toe te staan dat een vordering tot foutechtscheiding zonder meer, via de conclusies werd omgezet in een vordering tot echtscheiding na twee jaar feitelijke scheiding. Wordt daarbij aangetoond dat de andere partner eveneens schuld heeft bij de feitelijke scheiding, dan kan de aanvankelijke vordering worden omgezet in een snelle schuldloze echtscheiding. Voorstel van Wet tot hervorming van het echtscheidingsrecht en de invoering van de foutloze echtscheiding, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 30 mei 2000, nr. 684/1. Naar het voorbeeld van Nederland, Duitsland en Engeland die sinds 1971 slechts één enkele echtscheidingsgrond kennen: de duurzame ontwrichting van het huwelijk. In Nederland is de alimentatieplicht volledig losgekoppeld van de schuldvraag en nog slechts verbonden aan het behoefte- en het draagkrachtbeginsel. Sinds 1994 is de plicht beperkt tot een termijn van 12 jaar, tenzij uitzonderlijke omstandigheden een verlenging rechtvaardigen. Het voorstel bevat een bepaling

voorwaarden inzake echtscheidingsgrond of duur van het huwelijk, lijken dezelfde voordelen van een korte en goedkopere huwelijksontbinding binnenkort naar Belgisch recht te zullen gelden. Vanaf dat ogenblik heeft noch de man, noch de vrouw nog enige reden om te opteren voor een huwelijksontbinding in het buitenland.

**43.** Ons voorstel heeft m.a.w. slechts betrekking op vrouwen die op het ogenblik van de verstoting nog niet op stabiele wijze in België verbleven. In de praktijk zullen deze vrouwen pas met de verstoting instemmen op het ogenblik dat ze dat sterke verblijfsstatuut wél reeds hebben verworven

**44.** De idee om de wil van de verstoten echtgenote centraal te stellen, vindt vandaag alvast enigszins steun in de omzendbrief ter uitvoering van de Europese Verordening die is uitgevaardigd n.a.v. het Brussel II-Verdrag, en haar uitwerking in de Omzendbrief van 29 mei 2001<sup>119</sup>. De regeling heeft betrekking op echtscheidingen, scheidingen van tafel en bed en nietigverklaringen van huwelijken die in een andere EU-lidstaat, behalve Denemarken, zijn uitgesproken t.a.v. een gewoonlijke verblijfhouder. De genoemde beslissingen worden voortaan van rechtswege erkend, tenzij ze kennelijk strijdig zijn met de openbare orde<sup>120</sup> of met een geldige vroegere beslissing in België of in het buitenland, of als het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk niet regelmatig of niet tijdig aan verweerder betekend of meegedeeld werd en dienstig had kunnen zijn voor zijn verdediging, tenzij vaststaat dat hij ondubbelzinnig met de beslissing instemt.

Het laatste voorbehoud laat m.a.w. toe dat de benadeelde partner achteraf instemt met de uitspraak, ook al zijn zijn rechten van verdediging geschonden. Ook al beperkt de openheid zich vooralsnog tot Europese beslissingen, de Verordening en haar bevestiging in een Belgische omzendbrief geven alvast aan dat de *a posteriori* instemming door de partijen met de gecreëerde rechtssituatie

---

die de Wet Rolin in dezelfde zin zou aanpassen (art. 44). Zie ook de Nederlandse flitsscheiding: echtscheiding op één dag tijd door zijn huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand om te zetten in een geregistreerd partnerschap (na voorlegging van een partnerschapsovereenkomst, ondertekend door een notaris of advocaat) en dat partnerschap vervolgens onmiddellijk te ontbinden: op een dag. Tijdens het eerste half jaar van de regeling die omzetting van huwelijk in partnerschap toelaat (wet 1 april 2001) maakten reeds 750 koppels van de impliciete mogelijkheid gebruik (K. JANSEGGERS, "Nederlandse 'flitsechtscheiding' zonder rechter ook geldig in België?", *Juristenkrant* 5 juni 2002, 1 en 11). Er is slechts toe vereist dat één van de echtgenoten Nederlander is of dat het koppel in Nederland woont. Hierover ook N.S. VAN DER WIEL, "Flitsscheiding, een ramp?", *Burgerzaken en Recht* (Ndl.) 2002, 186.

<sup>119</sup> Brussel II-Verdrag (Verdrag Raad EG van 28 mei 1998, opgesteld op grond van artikel K.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken, *Pb. C.* 1998, 221 (België, Nederland en Duitsland zijn gebonden; Frankrijk niet); Verord. EG nr. 1347/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid voor gemeenschappelijke kinderen (*P.B.L.* 2000, 160, 19).

<sup>120</sup> Dit viel vooralsnog slechts uitzonderlijk voor: hierover F. ROOSE en Y. LENDERS, "Van verdrag naar Verordening: een overzicht inzake de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken", *A.J.T.* 2002, 871.



ook sterk begint door te wegen bij de beoordeling van fundamentele rechtswaarden.

**45. Geen erkenning van de verstoting die is uitgesproken door een polygame man met stabiele verblijfspositie.** In geval van stabiel verblijf dient de polygame echtgenoot o.i. steeds naar Belgisch recht te handelen<sup>121</sup>. Het tweede huwelijk kan niet worden erkend tot hij naar Belgisch recht uit de echt is gescheiden van zijn eerste echtgenote. In de tussentijd kan aan de tweede echtgenote te goeder trouw<sup>122</sup> die inmiddels in België verblijft een tijdelijk recht op onderhoudsgeld of een schadevergoeding worden toegekend. Na de echtscheiding wordt het tweede huwelijk vervolgens geldig, tenzij er andere gebreken aan kleven<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Ook het Marokkaanse Actieplan stelt de afschaffing van de verstoting als een van de belangrijkste doelstellingen van de gewenste hervorming voor. Enkel een gerechtelijke echtscheiding zou nog aanleiding kunnen geven tot een vrijwillige ontbinding van het huwelijk. De vordering zou van elk van beiden evenals van beiden samen kunnen uitgaan en zou worden toegewezen na een verplichte verzoeningspoging. Het Actieplan lijkt evenwel niet uit de startblokken te zijn geraakt. De opheffing in 2000 van een aantal ministerposten, heeft ertoe geleid dat de verantwoordelijke werkgroep is opgeheven. Ook de consultatieve Belgisch-Marokkaanse Commissie, opgericht bij 'Protocole d'accord instituant une Commission consultative belgo-marocaine en matière civile', in Rabat op 29 april 1981, lijkt het eerder te houden bij pogingen en intenties. De Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en het Koninkrijk Marokko inzake het toepasselijk recht en de erkenning van huwelijken en hun ontbinding, aangegaan in Rabat op 15 juli 1991 (weergeg. in *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 535-54), is nog steeds niet geratificeerd. Ook in overheidskringen gaan niettemin stemmen op om de verstoting af te schaffen. Ook in Algerije wordt vnl. door vrouwenbewegingen tegen de polygamie geageerd (C. DIB-MAROUF, "Mariage, système total et litigiosité en Algérie, d'après la jurisprudence de la deuxième moitié du 20e siècle", in F. STRIJBOSSCH en M.C. FOULETS (ed.), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, International Institute for the sociology of law, 1999, 272). Het voorstel voor een Europese Code voor Moslims wil de weg openen voor een intergentioneel recht voor moslims in Europa om hun personeel statuut geregeld te zien naar een passend, aanvaardbaar islamitisch recht (A. RIAD, "Pour un code européen de droit musulman", in J.-Y. CARLIER e.a. (eds), *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 379-382). Eenzijdige verstoting zou slechts toelaatbaar zijn als ze ontstaan is in dezelfde condities als een echtscheiding, m.a.w. met eerbied voor de rechten van de verdediging. Deze aanzetten kunnen toekomstige strengere rechterlijke uitspraken inzake verstoting rechtvaardigen.

<sup>122</sup> I.e. mits zij bij het aangaan van haar huwelijk (nog) geen stabiele verblijfspositie in België had of niet van de polygamie op de hoogte was.

<sup>123</sup> Zie ook art. 11, tweede lid Haags huwelijksverdrag van 14 maart 1978; art. 37 Joegoslavische wet; art. 7§2 Hongaarse wet; art. 19 Bulgaarse wet; art. 13§3 Poolse wet en art. 9 en 29 Albanese wet. Art. 122-3 Zwitserse code en art. 14-3 Turkse code onderwerpen de geldigheid aan een onderzoek naar de goede trouw van de tweede echtgenote. Naar Nederlands recht wordt de geldigheid aangenomen: Amsterdam 12 november 1998, *N.I.P.R.* 1999, 137; Amsterdam 9 april 1998, *N.I.P.R.* 1998, nr. 271 (het Hof gaf in deze uitspraak aan dat niet zozeer art. 11, tweede lid Haags Huwelijksverdrag 1978 daartoe verplicht, maar wel de regel dat een huwelijk geldig is tot het is nietigverklaard. Zodra een huwelijksontbinding is opgetreden, is er geen strijdigheid meer met de openbare orde in te roepen). Bevestigd door Vc. 2000, deel B 2, §2.9 (hierover: TH. HOLTERMAN, *Vreemdelingenrecht. Toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2002, 43). *Contra*: H.R. 1 juli 1993, *N.J.* 1994, 105, zij het m.b.t. een polygaam huwelijk dat in Nederland was aangegaan; Rb. 's Gravenhage 6 december 1995, *NIPR* 1996, nr. 64; Amsterdam 26 september 1996, *N.I.P.R.* 1997, nr. 299. Hierover E.N. FROHN, "Erkenning buitenlands huwelijk en terugwerkende kracht erkenningsregime", in X., *Het NIPR geannoteerd, Liber Amicorum M. Sumpouw*, 's Gravenhage, 1996, 76; S. RUTTEN, "Het polygamievraagstuk in een Westerse context", *N.I.P.R.* 2001, 47; H. TOMSON, "Een bigaam

**46.** *Enkele laatste bedenkingen ter rechtvaardiging van het voorstel tot verruimde erkenning van verstotingen.* Vanuit verblijfsrechtelijk oogpunt kunnen evenwel mogelijk bezwaren rijzen tegen de voorgestelde verruimde erkenning van verstotingen bij polygamie. Zodra het eerste huwelijk is ontbonden, wordt het tweede huwelijk immers geldig<sup>124</sup> en geniet de tweede echtgenote die zich nog in het buitenland bevindt en geen zelfstandige verblijfsgrond heeft, recht op gezinshereniging. In dat licht is het denkbaar dat de verstoting door een fraude-oogmerk is ingegeven, m.n. door de loutere doelstelling om de tweede echtgenote te laten overkomen. Een dergelijk risico op schijnverstotingen<sup>125</sup> is gezien het vaak informele karakter van een verstoting groter dan het risico op een schijnechtscheiding.

Vandaag wordt gezinshereniging in beginsel toegestaan zodra het tweede huwelijk geldig is, *i.e.* zodra de echtscheiding of verstoting van de eerste echtgenote in kracht van gewijsde is gegaan. De vraag daarbij is of – naar analogie van de regeling inzake schijnhuwelijken – het O.M. (*in casu* op aansporen van de Dienst Vreemdelingenzaken) kan opkomen tegen het schijnkarakter van de rechtshandeling. Als dat mogelijk is en als het eerste huwelijk vervolgens, door een weigering om zijn ontbinding te erkennen, geacht wordt steeds te hebben bestaan, dan kan de rechtsgrond tot verblijf voor de tweede echtgenote vervallen. Daarnaast kan die rechtsgrond slechts vervallen mits het bewijs wordt geleverd dat het tweede huwelijk zelf frauduleus is aangegaan.

**47.** Heeft de tweede echtgenote inmiddels een zelfstandig verblijfsrecht verworven, dan kan ze evenwel nog slechts worden uitgezet bij ernstige

---

huwelijk en de openbare orde”, *B&R* 1999, nr. 3, 58. Zie ook Duitse rechtspraak: de vordering door de Staatsanwalt is een “unzulässige rechtsausübung”: OLG Nürnberg 30 juni 1997, *FamRZ* 1998, 1109; BGH *FamRZ*. 1994, 498; BGH 18 juni 1986, *FamRZ*. 1986, 879; BGH 18 juni 1986, *FamRZ*. 1986, 879. Het Bundesgerichtshof heeft recent evenwel aangenomen dat ook een polygaam huwelijk dat slechts gedurende zes jaar had bestaan en dan nog maar tot 1953, het openbaar belang nog steeds kon raken bij vermogens-, meer bepaald rente- en onderhoudsrechtelijke geschillen: BGH 17 janurair 2001, *FamRZ* 2001, 685. Het Hof had nochtans de goede trouw van beide echtgenoten aangenomen. *Cf. infra*, de hieronder vermelde Belgische rechtspraak die het huwelijk ook na ontbinding van het eerste nog als nietig blijft beschouwen.

<sup>124</sup> Zie ook art. 11 Haags Huwelijksverdrag van 1978 (dat België evenwel niet bindt). Zie evenwel *contra*: Rb. Mechelen 8 februari 2001, A.R. 01/105/A, *onuitg.*; Antwerpen AR 1999/AR/2572 van 14 maart 2001, *onuitg.* Zie ook H.R. (Ndl.) 1 juli 1993, *N.J.B.* 1993, 374: de strijdigheid is van openbare orde en kan niet gedekt worden. Zie ook algemeen m.b.t. de onmogelijkheid om een nietigheid te dekken, aangezien het huwelijk beoordeeld wordt op het ogenblik van zijn ontstaan: Antwerpen 13 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 74; Antwerpen 28 april 1998, *A.J.T.* 1999-00, 540; Luik 28 juni 2000, *J.L.M.B.* 2001, 556, noot C.G.; Antwerpen AR 1999/AR/3192, 3 januari 2001, *onuitg.*; Antwerpen AR 2000/AR/94 van 7 februari 2001, *onuitg.*; Gent AR 1999/AR/108 van 13 februari 2001, *onuitg.*; Luik AR 1999/AR/436 van 27 juni 2001, *onuitg.*

Bij nietigverklaring van het eerste huwelijk wordt in België wél algemeen aangenomen dat het tweede huwelijk retro-actief geldig wordt: Cass. 20 april 2001, *J.L.M.B.* 2002, 10.

<sup>125</sup> Dit risico onderscheidt zich van het hierboven beschreven risico op een frauduleus uitstel van de instemming met een verstoting.

schending van de openbare orde. De polygame gezinssituatie kan op zich o.i. niet aan de oorsprong liggen van dergelijke schending. Het personeel statuut van beide betrokkenen laat polygamie immers toe. Ook een medewerking van de vrouw aan de frauduleuze verstoting of een voldoende aanwijzing dat ze van het frauduleuze karakter ervan op de hoogte was, volstaat o.i. niet om haar als een gevaar voor de openbare orde te beschouwen<sup>126</sup>.

In dat licht verdient het de voorkeur om het tweede huwelijk te vernietigen wegens fraude. Dat is evenwel slechts mogelijk als er geen intentie is om een levensgemeenschap te vormen. Deze intentie is evenwel meestal wél aanwezig. De man wil immers met beide vrouwen een gezin vormen.

De eerste echtgenote zal haar verblijf m.a.w. kunnen voortzetten indien ze reeds een zelfstandig recht op verblijf heeft verworven. Het gaat er bijgevolg om om tijdig op te treden tegen schijnverstotingen.

**48.** BOURDELOIS stelt ter preventie van de genoemde misbruiken voor dat de rechtsverhouding van de echtgenoten in het eerste huwelijk zou worden bevroren vanaf het ogenblik waarop de Franse rechter gevat wordt om te oordelen over de geldigheid of de erkenning van bepaalde gevolgen van het tweede huwelijk<sup>127</sup>. Op die manier kunnen alvast een groot aantal frauduleuze handelingen worden voorkomen. Slechts vooruitziende vreemdelingen die beseffen dat ze moeten handelen alvorens het bestaan van het tweede huwelijk aan het licht komt, kunnen nog door de mazen van het net glippen. Anderen zullen hun tweede huwelijk beoordeeld zien, alvorens ze hebben kunnen opteren voor een ontbinding van het eerste.

De suggestie van Bourdelois verdient o.i. navolging.

**\* Verantwoording van de indirecte onderhoudslast voor de tweede echtgenote**

**49.** Ook al was de tweede echtgenote niet op de hoogte van het bestaan van een eerste huwelijk, logischerwijze zal ze steeds moeten aanvaarden dat de man zijn eerste echtgenote na erkende echtscheiding of verstoting een onderhoudsgeld uitkeert. Het is de prijs die ze betaalt voor de geldigheid van haar huwelijk. Immers: *en mariage trompe qui peut*<sup>128</sup>. Ook de Belgische man die verzwijgt dat hij reeds een echtscheiding achter de rug heeft, en in het kader daarvan onderhoudsgeld moet betalen, kan in toepassing van dit *adagium* zijn nieuwe

<sup>126</sup> Op grond van deze overweging zal in hoofdstuk 3 worden voorgesteld om het burgerrechtelijke voordeel van een putatief huwelijk aan te vullen met een 'verblijfsrechtelijk voordeel van een putatief huwelijk'.

<sup>127</sup> B. BOURDELOIS (1993), 277-281. In dezelfde zin: M.L. NIBOYET-HOEGY, noot onder Cass. 8 december 1987 en 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 739-740.

<sup>128</sup> Rechtsadagium LOISEL: A. LOISEL en E. DE LAURIERE, *Institutes coutumières: avec des renvois aux ordonnances de nos rois, aux coutumes & aux auteurs qui les ont commentées...* et avec des notes nouvelles, Paris, Gosselin, 1710, 373 p.

echtgenote indirect met deze financiële last confronteren.

**50.** Laat het personele statuut van de tweede vrouw polygamie niet toe, dan zal ze normaal gezien, zodra ze de polygamie ontdekt, ofwel voor zichzelf een echtscheiding op grond van grove belediging aanvragen, ofwel haar echtgenoot uit eigen beweging verzoeken om het eerste huwelijk te ontbinden. Met dat laatste verzoek aanvaardt zij, die vanaf het kracht van gewijsde van het echtscheidingsvonnis de enige en geldige echtgenote van de man is geworden, de echtscheiding en bijgevolg de onderhoudskosten en/of *mout'a* die daar desgevallend voor de eerste echtgenote uit voortvloeien.

**51.** Laat het personeel statuut van de vrouw polygamie toe, dan weet ze dat het risico op polygamie bestaat en houdt ze van in den beginne rekening met een mogelijke dubbele huwelijkslast voor de man. De onderhoudsuitkering vervangt in dat geval eenvoudigweg de financiële last tijdens het polygame huwelijk.

Een monogamieclausule blijkt de moslimvrouw niet te beschermen, i.t.t. zwart-Afrikaanse vrouwen met een personeel statuut dat deze clausule kent<sup>129</sup>. De clausule is in de meeste islamitische rechtsstelsels niet afdwingbaar en laat de vrouw over het algemeen slechts toe om een vordering tot echtscheiding in te stellen<sup>130</sup>. Bij dergelijke vordering is haar financiële situatie minder gewaarborgd dan in geval van verstoting. Haar initiatief zal haar immers een (weerlegbaar) vermoeden van schuld opleggen. Daarbij komt nog dat haar huwelijk naar Belgisch recht niet zal worden erkend. Een vordering tot echtscheiding zal bijgevolg onontvankelijk worden verklaard door de Belgische rechter. In België kan de vrouw bijgevolg noch een onderhoudsuitkering bekomen<sup>131</sup>, noch haar huwelijk veilig stellen.

**52.** Vermijden de betrokkenen de vraag naar de erkenning te stellen, dan zal de tweede echtgenote haar eigen onderhoud niet juridisch kunnen waarborgen. Een rechtstreekse onderhoudsvordering zou immers mogelijk de voorvraag van de geldigheid van het polygame huwelijk opwerpen<sup>132</sup>. Het beste wat de tweede echtgenote bijgevolg kan overkomen, is dat haar echtgenoot uit de echt scheidt van zijn eerste echtgenote (of deze verstoot) en deze – als logisch gevolg daarvan, in toepassing van het Belgische echtscheidingsrecht<sup>133</sup> – een onderhoudsgeld uitbetaalt.

<sup>129</sup> Zie o.m. Hof Ouagadougou 7 januari 2000, *Revue burkinabé de droit* 2000, 269.

<sup>130</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 1, randnrs 13, 16 en 22.

<sup>131</sup> Tenzij in toepassing van de beginselen van het arrest Chemouni. Voorwaarde daartoe zal evenwel zijn dat de situatie geen te nauwe banden vertoont met de Belgische rechtorde. Is dat wel het geval, dan zal de BIPOO zich mogelijk tegen een erkenning van elk huwelijksgevolg verzetten.

<sup>132</sup> Onder hetzelfde voorbehoud van de voorgaande noot.

<sup>133</sup> Art. 70 voorontwerp van I.P.R.-codex voorziet voor onderhoudsvorderingen in een toepassing van het recht van de Staat van gewoonlijke verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde op het ogenblik van de vordering. Het recht van de Staat van gemeenschappelijke nationaliteit of het Belgische recht worden subsidiair toegepast, mocht de normaal toepasselijke wet geen onderhoud toekennen. Er wordt m.a.w. steeds in een mogelijkheid tot onderhoud voorzien.

Zoals we zonet aangaven, kan ook een monogamieclausule niet beletten dat de tweede echtgenote zich bij een onderhoudslast van de man t.a.v. de eerste echtgenote moet neerleggen. De clausule is immers niet afdwingbaar.

**53.** Daarnaast stelt zich de hypothese dat de eerste echtgenote zelf de echtscheiding vordert<sup>134</sup>. De Belgische rechter moet zich er bij een vordering tot echtscheiding in België voor hoeden in toepassing van de Wet-Rolin zonder enige nuance te oordelen naar westerse maatstaven. Een vrouw met een personeel statuut dat polygamie toelaat, die – zoals ook haar echtgenoot – nog niet stabiel verblijf houdt in België, en bij een eerste confrontatie met de Belgische familierechter heeft geopteerd voor een verdere toepassing van haar nationale recht, kan niet beledigd zijn door het polygame huwelijksstatuut van haar echtgenoot. Een schuldechtscheiding op de loutere grond dat de man polygaam is gehuwd, kan in dat geval niet worden toegestaan<sup>135</sup>. Ook is het betwifelbaar of een monogamieclausule of de vaststelling dat de vrouw niet gelijk of niet rechtvaardig zou worden behandeld door haar echtgenoot, dat toelaat<sup>136</sup>.

**54.** Bij wijze van besluit kunnen we stellen dat de tweede echtgenote billijkheidshalve indirect de last van het onderhoud van de eerste echtgenote zal moeten dragen.

#### **A.2.B. VOORSTEL VAN ONDERHOUDSUITKERING VOOR DE VOORMALIGE TWEEDE ECHTGENOTE, NA NIETIGVERKLARING VAN HET POLYGAME HUWELIJK**

##### **\* Voorstel van systematische nietigverklaring van het tweede polygame huwelijk**

**55.** Zolang het eerste huwelijk van de polygame man niet is ontbonden, zal hij er niet in slagen het tweede huwelijk te laten erkennen. Dit houdt voor de tweede echtgenote een louter feitelijk polygame gezinssituatie in, waarbij ze weliswaar een recht op onderhoud kan laten gelden<sup>137</sup>, maar haar in het huishouden

<sup>134</sup> TGI Versailles 31 maart 1965, *J.D.I. Clunet* 1966, 97, noot A. PONSARD; T.G.I. Seine 12 november 1965, *R.C.D.I.P.* 1966, 624, noot P. DECROUX, *J.D.I. Clunet* 1966, 858, noot B. GOLDMAN.

<sup>135</sup> Zie o.m. Paris 5 april 1990, *D.* 1990, 424, noot F. BOULANGER.

<sup>136</sup> De Belgische rechter past slechts toe wat in de nationale wet van de betrokkenen is bepaald. Is een rechterlijke toelating tot het polygame huwelijk gegeven of wordt de geldigheid van het huwelijk niet afhankelijk gesteld van dergelijke toelating, dan is het huwelijk in toepassing van het nationale recht van de betrokkene geldig aangegaan. Over de interpretatie binnen de islam van vers 129 van de vierde Sourate in de Koran – ‘Ye are never able to be fair and just among women even if you tried hard’: J.J. NASIR, o.c., 18 en D.S. EL ALAMI en D. HINCHCLIFFE, *Islamic marriage and divorce laws of the Arab world*, London/Den Haag/Boston, Kluwer Law International, 1996, 279 p. Bedenkingen bij de verenigbaarheid van polygamie met het eeuwenoude beginsel van gelijke behandeling van man en vrouw in de Koran: A. ALSULAIMAN, “De positie van de vrouw in de islam en van de islamitische vrouwen in België”, in: M.-C. FOLETS, B. HUBEAU en A. DE MUYNCK (eds.), *Migrantenonderzoek voor de toekomst*, Leuven, Acco, 1997, 147-156.

<sup>137</sup> Arrest-Chemouni.

ingebrachte goederen niet kan opeisen zolang de man leeft<sup>138</sup>.

Wordt het huwelijk niet nietigverklaard, maar evenmin erkend, dan kan ze zich nergens op steunen om een deel van het vermogen te claimen, tenzij ze bewijst dat de zaken tot haar eigen vermogen behoren<sup>139</sup>.

Bij nietigverklaring daarentegen worden haar vermogensrechtelijke belangen beschermd<sup>140</sup> en wordt eenzelfde regeling als voor feitelijk samenwonenden toegepast: die van de onverdeeldheid<sup>141</sup>. Keerzijde van de medaille is evenwel dat de eerste echtgenote mogelijk persoonlijk nadeel ondervindt van deze situatie, nl. in het geval zijzelf persoonlijk een grote bijdrage tot de gemeenschap heeft geleverd of wanneer ongeveer het hele vermogen is gesteund op inbreng van de man<sup>142</sup>. Haar eigen vermogen, resp. haar huwelijksvermogen zal onder de opheffing van de onverdeeldheid lijden.

**56.** Wordt het tweede huwelijk pas nietigverklaard na het overlijden van de man, dan geniet de tweede echtgenote tevens erfrecht, minstens m.b.t. die situaties en goederen waarvoor Belgisch recht wordt toegepast<sup>143</sup>.

<sup>138</sup> Zie de erkenning van bepaalde gevolgen van polygamie, zoals erfrecht, schadevergoeding n.a.v. een dodelijk ongeval, een overlevingspensioen. In het kader van de erfrechtelijke verdeling, zal het huwelijksvermogen vermoedelijk worden verdeeld a.h.v. een ingewikkelde berekeningswijze, waarbij de duur van beide huwelijken als criterium voor een verhoudingswijze verdeling zullen fungeren.

<sup>139</sup> V. VAN DEN EECKHOUT, *doct.*, 93, pleit ervoor dat de tweede echtgenote uit de echt zou kunnen scheiden van haar man (zie ook L. PALSSON, o.c., 1981, 206). Dit voorstel kadert in haar pleidooi voor een erkenning van het polygame huwelijk *as such*, zodra er bepaalde rechtsgevolgen aan worden toegekend. De huidige discrepantie tussen erkenning *in se* en erkenning van slechts bepaalde rechtsgevolgen houdt een te groot risico op hinkende rechtssituaties in. Bepaalde rechters hebben reeds expliciet de geldigheid van een polygaam erkend: zie o.m. OLG Hamm (Dtsl.) 12 september 1986, StAZ 1986, 352.

<sup>140</sup> O.m. AUBRY en RAU, *Droit civil français*, VII, uitg. door P. ESMEIN en A. PONSARD, 1962, nr. 84; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français IX*, uitg. door J. BOULANGER, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, nr. 749: ze ontvangt de helft van het huwelijksvermogen, met aftrek van de rechten van de eerste vrouw en diens proportionele deel in de aanwinsten sinds het tweede huwelijk is aangegaan.

<sup>141</sup> O.m. Rb. Luik 21 maart 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 278; Rb. Luik 18 oktober 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 271; Y.H. LELEU, "Les biens et le logement du couple non-marié", in J.L. RENCHON en F. TAINMONT (ed.), *Le couple non-marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000, 157; P. SENAËVE en E. COENE, *Geregistreerd partnerschap*, Antwerpen, Maklu, 1998, 133; H. VAN DEN BERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat*, Leuven, *doct.*, 1970, 227. *Contra*: Bergen 6 oktober 1994, *J.T.* 1995, 300: "Bij ontstentenis van een overeenkomst tussen samenwonenden bestaat er tussen partijen geen enkele verplichting tot hulpverlening en tot betaling van een bijdrage in de lasten van het feitelijk gezin. Samenwonen doet als zodanig geen vermoeden van onverdeeldheid of van het bestaan van een gemeenschap tussen de samenwonenden ontstaan, zelfs indien het samengaat met een materiële vermenging; iedere samenwonende blijft immers beschikken over zijn eigen vermogen".

<sup>142</sup> Gezien de huwelijks plicht van bijdrage in de lasten van het huwelijk, zal de eerste vrouw lijden onder een mogelijke aantasting van dat vermogen van de man. Bovendien zal ingeval van verdeling van hun huwelijksvermogen bij echtscheiding of vooroverlijden van de man de te verdelen massa kleiner zijn gezien de 'voorafname' bij nietigverklaring door de eerste vrouw.

<sup>143</sup> Y. LEQUETTE, noot onder Cass. 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 80; F. TERRE en Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Paris, Précis Dalloz, 1997, 79. Het I.P.R.

Ook kan ze volgens meerdere auteurs op grond van art. 1382 B.W. een vordering tot schadevergoeding instellen tegen de polygame man (*cf. infra*)<sup>144</sup>.

**57.** Na nietigverklaring is de voorheen bigame man of de voorheen tweede echtgenote bovendien niet langer strafbaar op grond van bigamie. Een nietigverklaring werkt immers *ex tunc*. Het huwelijk wordt geacht nooit te hebben bestaan.

**58.** Deze en verdere overwegingen doen ons ervoor opteren om af te wijken van ons globale I.P.R.-voorstel dat er weliswaar in bestaat om op stabiel gemigreerden verplichtend het Belgische recht toe te passen, maar daarentegen niet-stabiel gemigreerden vooralsnog een beperkte rechtskeuze wil laten. Inzake polygamie beogen we evenwel vanuit een *better-lawapproach* dat op elke vreemdeling eenzelfde oplossing wordt toegepast, die duidelijk is geïnspireerd door het Belgisch recht. We gaven bij de uitwerking van ons I.P.R.-voorstel reeds aan dat ons onderzoek er steeds op gericht is om geval per geval de meest rechtvaardige oplossing aan te geven. In dat opzicht hebben we er toen op gewezen dat ons aanknopingsvoorstel telkens opnieuw zou moeten getoetst aan het gelijkheidsbeginsel en aan de genoemde billijkheidsdoelstelling<sup>145</sup>.

Aangezien een polygaam huwelijk in België niet erkend kan worden, heeft het geen zin om de echtgenote zonder stabiele verblijfsspositie de keuze te laten om te opteren voor een toepassing van haar nationale recht, of – en vooral dit gevolg roept onze bezorgdheid op – om haar deze aanknopingsop te leggen, omdat ze in een vroeger familierechtelijk geschil heeft geopteerd voor een voortgezette toepassing van haar nationale recht<sup>146</sup>. Uit billijkheidsoverwegingen menen we dat het niet aangewezen is om welke vreemdelinge dan ook voort te laten leven in de huidige situatie van rechtsonzekerheid.

De notie ‘gestabiliseerd verblijf’ wordt in dit verband dan ook slechts in tweede instantie gehanteerd, niet voor de aanknopingsop, maar als criterium voor het bepalen van de goede trouw en de vraag of het voordeel van putatief huwelijk kan worden verleend.

---

wijst vanzelfsprekend uit welk recht toepasselijk is. Dat recht bepaalt of de vrouw erfgerechtigd is.  
<sup>144</sup> Y. LEQUETTE, noot onder Cass. 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 80; A. WEILL en F. TERRE, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz, 1993, 261; R. NERSON, “Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droit de famille”, *R.T.D.Civ. (fr.)* 1981, 152; J. MASSIP en J. CARBONNIER, *La réforme du divorce*, Paris, Répertoire du notariat defrénois Paris, 1976, nr. 272; J. CARBONNIER, *Droit civil. 1: Les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales*, Paris, PUF, 2000, 236.

<sup>145</sup> *Cf. supra*, deel 2B *in fine*.

<sup>146</sup> We gaven in deel 2B, randnr. 149 en voetnoot 303, aan dat de rechtskeuze eenmalig dient te gebeuren. Eenmaal een aspect van het familierechtelijke statuut is beoordeeld in toepassing van een bepaald rechtstelsel, zou daar ook n.a.v. latere rechtsvorderingen bij aangeknoopt moeten blijven worden, tot de betrokkene een stabiele verblijfsspositie verwerft.

**\* Voorstel tot koppeling van een onderhoudsuitkering t.b.v. de tweede echtgenote te goeder trouw die gewoonlijk in België verblijft aan de nietigverklaring van een polygaam huwelijk**

59. Het voordeel van een putatief huwelijk verzekert de partner die te goeder trouw was van de bescherming van de rechtsgevolgen die het inmiddels vernietigde huwelijk nog heeft kunnen creëren, maar het schept geen nieuwe rechten of rechtsgevolgen voor de toekomst. Een onderhoudsuitkering voor de tweede vrouw lijkt langs deze weg bijgevolg uitgesloten<sup>147</sup>. Weliswaar werd in het Franse Chemouni-arrest van 1958 het recht van de tweede vrouw op onderhoud erkend<sup>148</sup>. Deze erkenning kaderde evenwel in een louter verzoek om een bepaald gevolg van een polygaam huwelijk, dat niet nietig was verklaard, te erkennen. Het huwelijk bestond nog.

60. Onze vraag is nu of ook na een nietigverklaring met voordeel van putatief huwelijk de goede trouw van de tweede echtgenote die gewoonlijk in België verblijft niet dient te worden beloond met een recht op onderhoud.

Wij menen dat dit het geval is, mits de tweede vrouw behoeftig is<sup>149</sup> en redelijkerwijze had kunnen verwachten door de man te worden onderhouden. Is ze van goede trouw en heeft ze nooit de nietigheid van het huwelijk gewenst, dan zou het onbillijk zijn haar een voordeel te ontfangen dat een vrouw die vrijwillig uit de echt scheidt mogelijk wel geniet<sup>150</sup>. Bepaalde Belgische rechters en het Franse Hof van Cassatie oordeelden alvast in deze zin<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> Dat dat vandaag nog niet mogelijk is, volgt uit het beginsel van de nietigverklaring zelf. Recente Nederlandse rechtspraak illustreert dat de nietigverklaring het breekpunt vormt: H.R. (Ndl.) 1 februari 2002, *Nemesis* 2002, afl. 4, actualiteitenkatern, 12: toekenning van alimentatie na de beëindiging van een schijnhuwelijk. Het huwelijk was eerder ontbonden door echtscheiding. De man was daarbij tot onderhoud veroordeeld en poogde aan deze verplichting te ontsnappen door een schijnhuwelijk in te roepen in zijn hoofd. De vrouw had betwist dat er sprake was van een schijnhuwelijk. De rechters in de procedure verblijfsrecht en de procedure bijstand hadden tot schijnhuwelijk besloten. De Hoge Raad oordeelde dat zolang een huwelijk niet is nietigverklaard, het niet als ongeldig kan worden beschouwd. Zolang er geen nietigverklaring is uitgesproken, is er geen reden om de onderhoudsverplichting te herroepen. Zie ook H.R. 9 februari 2001, *N.J.* 2001/216, RN 2002/3, nr. 1470.

<sup>148</sup> Cass. fr. 28 januari 1958 (Chemouni), *D.* 1958, 265, noot LENOAN, *J.D.I. Clunet* 1958, 776, noot PONSARD, *J.C.P.* 1958, II, 10.488, noot P. LOUIS-LUCAS, *R.C.D.I.P.* 1958, 110, NOOT JAMBU-MERLIN.

<sup>149</sup> Zie o.m. J. DEPREZ, noot onder Cass. fr. 8 maart 1990, *R.C.D.I.P.* 1991, 708: ook inzake familierecht kan best met de behoeftigheid rekening worden gehouden.

<sup>150</sup> Aan de polygame echtgenote wordt niet de keuze van een echtscheiding gelaten. Een Franse rechter heeft m.n. reeds geweigerd de echtscheiding uit te spreken over een tweede polygaam huwelijk: TGI Bordeaux 20 september 1990, *Rev. dr. étr.* 1991, 404.

<sup>151</sup> Rb. Antwerpen 21 mei 1948, *R.W.* 1949-50: onderhoudsuitkering in de zin van art. 301 B.W. voor het slachtoffer van bigamie. De uitkering werd weliswaar benoemd als schadevergoeding (hierover: R. PIRET, "Des conditions et des effets du mariage putatif", (noot onder Luik 19 februari 1953), *R.C.J.B.* 1953, 258-260; C. RENARD, "Examen de jurisprudence (1949 à 1950): Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1953, 139).

Zie ook Cass. fr. 23 oktober 1990, *JCP* 1991, II, 21774, noot F. MONEGER, *D.* 1991, 214, noot C. MASCALA, *Defrén.* 1991, 283, noot J. MASSIP, *RTDCiv* 1991, 299, noot J. HAUSER (een nietigverklaring kan eenzelfde 'disparité' teweeg brengen en aldus moet eenzelfde uitkering



## 61. De vraag rijst vervolgens wanneer we van goede trouw kunnen uitgaan.

Is het huwelijk in het buitenland aangegaan en heeft de tweede echtgenote nog geen stabiel verblijfsstatuut, dan moet het voordeel van een putatief huwelijk haar o.i. worden verleend.

Verblijft de tweede echtgenote wel stabiel in België en huwt ze in het buitenland met een man die zijn gehuwde staat verborgen had gehouden, verschijnend voor een bevoegde instantie die er ofwel evenmin van op de hoogte was<sup>152</sup> ofwel deze toestand voor haar verborgen hield, dan kan haar eveneens het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend. Gaat ze daarentegen bewust een polygaam huwelijk aan, dan moet o.i. de *Inlandsbeziehung* beletten dat haar het voordeel van een putatief huwelijk wordt toegekend, ook al staat haar personeel statuut polygamie toe.

62. O.i. mag bij de beoordeling geen rekening worden gehouden met de verblijfssituatie van de eerste echtgenote. Dit is geen evidentie. Aangezien drie jaar hoofdverblijf in België volstaan om de Belgische nationaliteit door naturalisatie te verkrijgen, is in toepassing van ons begrip 'stabiele verblijfspositie' steeds ten laatste na drie jaar huwelijk in België sprake van stabiel verblijf van de eerste echtgenote en de polygame man<sup>153</sup>. In hoofde van

---

voorzien moet worden; Cass. fr. 2 oktober 1984, *Bull.* I, 204; Agen 5 mei 1987, *JCP* 1988, IV, 195. Zie ook J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, o.c.*, nr. 201; J. MASSIP, *La réforme du divorce*, 1976, nr. 272; J. HAUSER en D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille*, LGDJ, 1989, nr. 384. Nietigheid wegens polygamie verjaart niet. Er kan bijgevolg reeds gedurende geruime tijd samenwoning zijn geweest tegen het eind van de procedure. De gevolgen voor de echtgenoot kunnen dezelfde zijn als bij echtscheiding. Cassatie heeft zch evenwel niet uitgesproken over de vraag of dit geldt voor alle nietigverklaringen of alleen als de partner te goeder trouw is. Het volstaat niet dat de echtscheiding is uitgesproken wegens de fout van de andere partner. Vaak kunnen fout van de partner en eigen goede trouw evenwel geassimileerd worden. Mogelijk doelde Cass. impliciet op de noodzaak van goede trouw met de notie 'en tant que de raison'; A. LUCAS, *Code Civil*, Paris, Litec, 2000, 116. Zie ook: Paris 14 juni 1995, *D.* 1996, 156, noot F. BOULANGER (het Hof paste het beletsel bilateraal toe. De nationale wet van de tweede echtgenote liet polygamie niet toe. Daarom achtte het Hof het zelfs niet mogelijk om bepaalde huwelijksgevolgen te erkennen. Het huwelijk werd nietigverklaard. Beide echtgenoten waren te goeder trouw geweest. Zoals bij echtscheiding werd een onderhoudsuitkering toegewezen 'en tant que de raison').

Vergelijk tevens met de Poolse, Russische, Tsjechische en Slovaakse familiewet: deze stellen een nietigheid *ex tunc* in, maar verlenen de persoon van wie de partner te kwader trouw was recht op bijstand, op de eigendom die is verworven tijdens het huwelijk en op het behoud van de familienaam van de partner. In Ex-Joegoslavië kan ook de partner te kwade trouw de huwelijksnaam behouden en ontstaat een recht op bijstand bij goede trouw. In Kroatië en Bosnië-Herzegovina geldt dezelfde regel, mits de uitwerking ervan geen onrecht zou aandoen aan de andere partner (hierover S. PATTI en M. MLADENOVIC (1998)).

<sup>152</sup> Zie o.m. Brussel 14 oktober 1987, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 24: een polygaam huwelijk werd in Marokko gesloten door de twee adouls, terwijl de betrokken man een personeel statuut had dat polygamie verbiedt. De man was evenwel moslim. De raadsheer in hoger beroep besloot dat adouls niet over eenzelfde bekwaamheid moeten beschikken als ambtenaren van de burgerlijke stand en dat ze bijgevolg volledig te goeder trouw kunnen hebben gemeend dat een polygaam huwelijk tussen twee moslims steeds mogelijk is.

<sup>153</sup> Een toelating tot gezinshereniging geeft immers zo goed als meteen recht op verblijf voor

de polygame man wordt kwade trouw bijgevolg onweerlegbaar vermoed. Geniet de tweede echtgenote evenwel nog geen stabiel verblijfsstatuut, dan kan ze een beroep doen op het voordeel van een putatief huwelijk, mits niet bewezen wordt dat ze op de hoogte was van het verbod in hoofde van de man om polygaam te huwen, of mits haar dwaling omtrent het bestaan van een eerder huwelijk onoverwinnelijk wordt bevonden<sup>154</sup>. Ondanks haar terechte verwachting van een monogaam huwelijk, zal de eerste echtgenote bijgevolg niet alle gevolgen van het tweede huwelijk kunnen uitwissen. Ook de last van een onderhoudsverplichting t.b.v. de tweede echtgenote lijkt ons gerechtvaardigd<sup>155</sup>.

**63.** Verblijft ook de tweede echtgenote op stabiele wijze in België, dan wordt op alle drie de betrokkenen zonder verzachting het Belgisch recht toegepast inzake personeel statuut. Het polygame huwelijk kan niet worden erkend, noch de gevolgen ervan. Ook de tweede echtgenote wordt geacht te kwader trouw te hebben gehandeld, ook al laat haar personeel statuut polygamie toe, tenzij ze bewijst misleid te zijn (*cf. supra*). Ook als het personeel statuut van de eerste echtgenote polygamie toelaat en deze van de huwelijksplannen op de hoogte was, kan het voordeel van een putatief huwelijk niet aan de tweede echtgenote worden toegekend.

**64.** Heeft de polygame man daarentegen geen stabiel verblijf in België en de tweede echtgenote evenmin, dan kunnen beiden het voordeel van een putatief huwelijk bekomen. Toch zal daarbij t.l.v. de polygame man een onderhoudsuitkering t.a.v. de tweede echtgenote kunnen worden bepaald. Zijn personele statuut voorziet immers dat hij voor het onderhoud van beide vrouwen moet instaan. Een onderhoudsplicht komt dus niet als een verrassing aan en is daarom gerechtvaardigd in het belang van de tweede echtgenote die te goeder trouw is. De polygame man zal de eerste echtgenote daarbij evenwel niet mogen benadelen. In het slechtste geval moet haar worden toegestaan haar levensonderhoud te waarborgen met een vordering tot ontvangstmachtiging.

**65.** Geniet de tweede echtgenote wel een stabiel verblijfsstatuut en was ze op de hoogte van het polygame karakter van het huwelijk, dan kan slechts de polygame man het voordeel van een putatief huwelijk bekomen<sup>156</sup>. Een onderhoudsuitkering t.b.v. de tweede echtgenote is uitgesloten.

---

onbepaalde duur.

<sup>154</sup> De bevoegde instantie was er vb. ook niet van op de hoogte.

<sup>155</sup> Ook in deze hypothese (X1 en Y blijven samenwonen) moet X1 o.i. aanvaarden dat het onderhoud van X2 onvermijdelijk indirect (ten laatste bij de begroting van het erfdeel n.a.v. het overlijden van Y) ten laste zal komen van het huwelijksvermogen. Enkel in geval X1 zelf een onderhoudsvordering afdwingt en ze dus niet langer met Y samenleeft (al dan niet omwille van de polygamie – de drijfveer is moeilijk achterhaalbaar), moet haar onderhoud boven dat van X2 primeren.

<sup>156</sup> M.n. mits hij nog geen stabiel verblijfsstatuut genoot bij de polygame huwelijksluiting. In het andere geval menen we dat hij had moeten weten dat het huwelijk hier niet zou worden erkend, terwijl het zich wel duurzaam in België zou situeren. Een uitzondering kan evenwel worden gemaakt bij ongewilde polygamie *cf. supra*, randnr. 19, voetnoot 67 en randnr. 26.

**66.** Verblijft geen van de drie betrokkenen op stabiele wijze in België, dan is de aanknoping met België niet sterk. De polygame man en de tweede echtgenote zullen het voordeel van een putatief huwelijk genieten. De tweede echtgenote kan een onderhoudsuitkering ontvangen. Staat het personele statuut van de eerste echtgenote polygamie toe, dan kan zulks de uitkomst slechts begunstigen en zal de eerste echtgenote nadelen t.g.v. de onderhoudsuitkering voor de tweede echtgenote gemakkelijker moeten dulden dan in het andere geval.

**67.** Met ons voorstel om elk polygaam huwelijk systematisch nietig te verklaren, met eraan gekoppeld het voordeel van een putatief huwelijk voor de echtgenoot te goeder trouw en een onderhoudsgeld voor de tweede of verdere echtgenote te goeder trouw, geven we aan dat we niet zozeer tolerantie t.a.v. polygamie bepleiten, maar wel een betere bescherming van de zwakste partij. Eenzelfde streefdoel, zij het met andere middelen, vinden we terug bij meerdere auteurs<sup>157</sup>.

We gaven reeds één belangrijke consequentie van deze keuze voor ons onderzoek aan: we wijken ermee af van ons eigen voorstel om niet-stabiel gemigreerden voorsnog een beperkte rechtskeuze te laten. We verantwoorden deze keuze door een *better-lawapproach*: elke echtgenote van een polygame man moet bij gewoonlijk verblijf in België haar goede trouw beloond kunnen zien met een onderhoudsuitkering. Het Chemouni-arrest verleent daar weliswaar reeds een grondslag voor bij voortbestaan van het huwelijk. Ook na nietigverklaring van het huwelijk moeten de belangen van de vrouw evenwel worden geëerbiedigd. De notie 'gestabiliseerd verblijf' wordt ook in dit verband slechts in tweede instantie gehanteerd, niet voor de aanknoping, maar als criterium voor het bepalen van de goede trouw en de vraag of het voordeel van een putatief huwelijk kan worden verleend.

**68.** Hiermee zijn we gekomen bij de tweede consequentie van ons voorstel: we beogen een nieuwe invulling te geven aan de notie 'putatief huwelijk'. Het putatief huwelijk biedt de begunstigde ervan slechts het voordeel van definitief verworven rechtsgevolgen die zijn gecreëerd vóór de nietigverklaring. Wij stellen voor om de echtgenote van een polygame man tevens recht te geven op een nieuw rechtsgevolg: een onderhoudsrecht. We wijken hiermee af van de klassieke nietigheidsleer, maar menen deze optie voldoende gerechtvaardigd te hebben.

### **\* Gronden tot toekenning van een onderhoudsuitkering**

#### **- Basisbeginselen**

**69.** In alle vermelde hypothesen waar we goede trouw van X2 kunnen vermoeden, moet haar o.i. in geval van putatief huwelijk een onderhoudsuitkering worden toegekend<sup>158</sup>. Wordt onze suggestie opgevolgd om aan de Belgische

<sup>157</sup> V. VAN DEN EECKHOUT (1998), 98 en D. COHEN, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *RCDIP* 1989, 480.

<sup>158</sup> Zie ook: J. DEPREZ, noot onder Cass. fr. 8 maart 1990, *R.C.D.I.P.* 1991, 709; J. DEPREZ, "Au carrefour du droit comparé et du droit international privé: quelle place pour le droit

regeling inzake putatief huwelijk *de iure* een onderhoudsrecht te koppelen, dan zal het merendeel van de tweede echtgenotes te goeder trouw kunnen rekenen op een onderhoudsregeling.

**70. Het voordeel van een putatief huwelijk.** Het huwelijk zal in België immers overwegend in toepassing van Belgisch recht worden nietigverklaard. Slechts als het personele statuut van de tweede echtgenote polygamie verbiedt en zij geen stabiel verblijf in België geniet, dan zou in beginsel het huwelijk worden nietigverklaard in toepassing van haar nationale wet. Kent deze wet de regeling van het voordeel van een putatief huwelijk niet of stelt ze strengere vereisten aan de verlening ervan dan de Belgische wet, dan kan de toekenning van een onderhoudsuitkering op het eerste gezicht problematisch worden. We menen evenwel dat in een dergelijk geval de BIPOO-exceptie moet tussenkomen en dat de Belgische regeling inzake het voordeel van een putatief huwelijk alsnog moet worden toegepast omdat die een betere bescherming biedt<sup>159</sup>. Is de buitenlandse wet soepeler in de toekenning van het voordeel, bv. de Poolse wet die geen goede trouw vereist<sup>160</sup>, dan wordt deze toegepast<sup>161</sup>. We laten de *better-law approach* zijn werk doen.

**71. De verlening van een recht op onderhoud.** We menen dat de echtgenote te goeder trouw niet het slachtoffer kan worden van de weigering om het polygame huwelijk te erkennen. Daarom stellen we voor om de fictie te creëren dat het tweede huwelijk door echtscheiding is ontbonden, en de vrouw vervolgens een onderhoudsuitkering toe te kennen. Deze zou worden vastgesteld a.h.v. de criteria die in het echtscheidingsrecht gelden<sup>162</sup>. Een andere oplossing bestaat erin de verplichting als een natuurlijke verbintenis te kwalificeren<sup>163</sup> of op grond van art. 1382 B.W. een schadevergoeding toe te kennen, die qua bedrag met een onderhoudsuitkering overeenstemt. De mogelijkheid daartoe wordt o.i. sinds enkele jaren bevestigd door vaste rechtspraak waarbij schadevergoeding wordt toegekend aan een partner uit een verbroken overspelige concubinaatsrelatie<sup>164</sup>.

---

musulman?", in M. FLORY (ed.), *L'enseignement du droit musulman, reeks Les cahiers du CRESM*, Paris, Centre national de la recherche scientifique Paris, 1989, 55-60.

<sup>159</sup> Hetzelfde is het geval wanneer het personele statuut van de man polygamie niet zou toelaten, het huwelijk op grond van zijn nationale wet zou worden nietigverklaard, en die wet putativiteit niet zou kennen of slechts onder strengere voorwaarden.

<sup>160</sup> Dit blijkt impliciet uit o.m. art. 21 Familiewetboek 25 februari 1964, in BERGMANN en FERID, o.c., "Polen", 41.

<sup>161</sup> O.m. Arbh. Antwerpen 22 oktober 1985, *J.T.T.* 1986, 29.

<sup>162</sup> Zie eveneens R. JAMBU-MERLIN, *aangeh.* in A. ELGEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1971, 243; Y. LEQUETTE, noot, *R.C.D.I.P.* 1989, 77; M. TAVERNE, *Quelques réflexions à propos de la polygamie*, *Ann. dr. Louv.* 1983, 241 e.v. en 247.

<sup>163</sup> Zoals reeds gebeurde n.a.v. Kort ged. Rb. Gent 7 maart 1990, *T.G.R.* 1990, 88: "Bij het beëindigen van de concubinaatsverhouding die al sinds 1973 bestond, is de man - op grond van een natuurlijke verbintenis - onderhoudsgeld verschuldigd aan zijn gewezen gezellin, aangezien blijkt dat deze destijds haar eigen beroepsactiviteiten en inkomen heeft laten varen om zich volledig aan haar vriend te wijden die bovendien steeds uitsluitend de kosten van het feitelijk gezin gedragen heeft".

<sup>164</sup> Rb. Leuven 27 september 1996, *J.Proc.* 1996, afl. 313, 26, noot P. LEGROS en J.P. NYS en Vred. Gent 4 november 1996, *A.J.T.* 1996-97, 323, noot K. JACOBS. *Contra*: Rb. Brussel 31

72. Met dit voorstel zou de polygame echtgenoot worden geresponsabiliseerd voor zijn keuze. O.i. kunnen aan de nietigverklaring verdergaande gevolgen worden gekoppeld dan tot op vandaag wordt aangenomen, mits die gevolgen de openbare orde niet schenden. Een onderhoudsuitkering wordt toegekend in functie van de mogelijkheden van de schuldenaar. De financiële last voor de Belgische Staat zou er in beginsel ook niet mee mogen toenemen. Integendeel: door de uitkering zou het risico moeten afnemen dat de vrouw steunbehoevend wordt. We formuleren deze bedenking in voorwaardelijke zin omdat de praktijk uitwijst dat het niet eenvoudig is om een onderhoudsuitkering af te dwingen van een onwillige schuldenaar. De schuldeiser stapt in het merendeel van de gevallen bijgevolg alsnog naar het O.C.M.W.<sup>165</sup>

We gaven reeds aan dat de indirecte last voor de eerste echtgenote o.i. niet opweegt tegen het belang dat de tweede echtgenote heeft bij een onderhoudsuitkering. Ook bij een nieuw huwelijk na echtscheiding worden mensen geconfronteerd met eerder ontstane verbintenissen. Onze hypothese betreft weliswaar een later huwelijk. Een analogie-redenering met 'successieve polygamie' is o.i. evenwel mogelijk, zeker als het personele statuut van de eerste echtgenote polygamie toelaat. Meerdere auteurs hebben reeds min of meer expliciet aangegeven dat adaptatie met de onderhoudsuitkering bij successieve polygamie mogelijk is. Ook daarbij kan sprake zijn van meerdere begunstigden<sup>166</sup>.

---

oktober 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 137: "Het stichten van een feitelijk gezin, zonder overeenkomst die dat organiseert, doet op zichzelf geen enkel rechtsgevolg ontstaan. Het lijkt nochtans logisch dat een solidariteitsplicht de bijzitten ertoe brengt volgens hun mogelijkheden bij te dragen in de behoeften van het dagelijkse leven. Er moet eveneens worden aangenomen dat zij worden geacht hun bijdrage in die lasten regelmatig te hebben betaald, zodat ze *na de breuk geen terugbetaling ervan kunnen vorderen van hun ex-partner*. Bijgevolg moet worden gesteld dat de bedragen die de bijzit tijdens het gemeenschappelijk leven herhaaldelijk op de rekening van zijn partner heeft gestort, een bijdrage in de economische betrekkingen uitmaken die *niet terugvorderbaar zijn*" (onze cursivering – onderhoudsgeld lijkt ingevolge deze uitspraak *a fortiori* niet afdwingbaar).

<sup>165</sup> Hierover o.m. G. BOLIAU, *De onderhoudsverplichting*, Reeks 'Advocatenpraktijk - Burgerlijk Recht', nr. 1, Antwerpen, Kluwer, 1995, 68 p.; C. DE VOCHT, J. VAN HOUTTE en R. VERHOEVEN, *Onderhoudsplichtige mannen en onderhoudsgerechtigde vrouwen. Rechtssociologische analyse van de onderhoudsplicht tussen echtgenoten*, Antwerpen, Kluwer, 1978, 122 p.; P. SENAËVE, "Onderhoudsplicht van de ouders en tussenkomst van het OCMW", in X., *StudentenRecht. Juridische en sociale gids voor de student hoger onderwijs*, Leuven, Acco, 1999, 221-248; J. VAN HOUTTE (ed.), *De onderhoudsplicht bij echtscheiding. Naar een compromis tussen private en publieke ondersteuning, Colloquium onder auspiciën van de Staatssecretaris voor leefmilieu en maatschappelijke emancipatie, gehouden te Antwerpen op 31 januari 1990*, Antwerpen, UFSIA-Centrum voor rechtssociologie, 1991, 39 p.; D. SIMOENS, T. SEYNAËVE, I. VAN DER STRAETE en J. PUT, *Terugvordering van het bestaansminimum en van de kosten van maatschappelijke dienstverlening bij onderhoudsplichtige familieleden van de begunstigde, eindrapport van een onderzoek in opdracht van de minister van Maatschappelijke Integratie*, Leuven, Instituut voor Sociaal Recht, 2001, 184 p.

<sup>166</sup> B. ANCEL en Y. LEQUETTE, o.c., 259-260; J.M. BISCHOFF, "Le mariage polygamique en droit international privé", *Trav. Comité fr. dr. int. privé* 1980-81, 100; B. AUDIT, o.c., nr. 312; P. MAYER, o.c., nr. 570.

### - Mogelijke interferentie van een nieuw echtscheidingsrecht

73. Het wetsvoorstel dat de gronden tot echtscheiding wil herleiden tot één enkele grond van schuldloze echtscheiding<sup>167</sup>, koppelt de onderhoudsplicht los van de schuldvraag. Onderhoud zou na een kort en kinderloos huwelijk niet kunnen worden opgelegd dan voor een periode die de duur van het huwelijk overschrijdt<sup>168</sup>.

Hieruit leiden we af dat *a fortiori* in geval van nietigverklaring van het huwelijk omwille van polygamie, een vordering die snel na de huwelijksluiting wordt ingesteld, slechts zou uitmonden in minimale uitkeringen, mogelijk zelfs in een volledige weigering ervan. De betrokkene zal zich hierbij moeten neerleggen en moeten nagaan in hoeverre ze haar schade kan laten compenseren op grond van art. 1382 B.W. Daarbij rijst de vraag of met de herziening van de onderhoudsplicht, ook de mogelijkheid van een vordering tot morele schadevergoeding in toepassing van art. 1382 B.W. zal worden herzien. Is een morele schadevergoeding, bv. ter compensatie van een mogelijke sociale 'verstoting'<sup>169</sup>, nog mogelijk?

Materiële kosten die n.a.v. de huwelijksluiting zijn gemaakt en de eventuele kosten van het moederschap, blijven vorderbaar, naar analogie met o.m. de regeling inzake een verbroken verlovings. Het is dan de vraag of die kosten gelijk worden verdeeld, dan wel volledig ten laste kunnen komen van de polygame man wanneer deze de tweede echtgenote 'misleid' heeft.

74. De aangekondigde nieuwe echtscheidingsregeling zal de onderhoudsvordering voortaan nog slechts beoordelen a.h.v. twee criteria: de bestaande materiële behoeften van de vorderende echtgenoot en de onmogelijkheid om daar zelf beter in te voorzien. Voor de beoordeling van die twee factoren wordt o.m. rekening gehouden met – zoals het wetsontwerp stelt – het arbeidsverleden en de (sociale) achtergrond van de eisende partij en met de middelen van de aangesprokene.

De last voor de man en zijn eerste echtgenote zou hiermee ernstig beperkt worden. Hertrouwt de tweede vrouw of gaat ze een concubinaatsverhouding aan, al dan niet via de wettelijke samenwoning, dan zou het recht definitief vervallen, ook wanneer ze nadien weer alleen zou komen te staan. In elk geval zou het recht vervallen na de door de rechter vastgestelde termijn, maximaal na twaalf jaar. Een uitzondering op deze termijn kan slechts worden overwogen wanneer de beëindiging zo ingrijpend zou zijn dat het niet redelijk en billijk zou zijn om de termijnbeperking te handhaven.

<sup>167</sup> Voorstel van Wet tot hervorming van het echtscheidingsrecht en de invoering van de foutloze echtscheiding, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 30 mei 2000, nr. 684/1. Het voorstel bevat een bepaling die de Wet Rolin in dezelfde zin aanpast: art. 44.

<sup>168</sup> Voorstel van Wet, nr. 684/1, 14.

<sup>169</sup> Hierover o.m. I. ESVELDT en J.J. SCHOORL, "Veranderingen in de huwelijksluiting van Turken en Marokkanen in Nederland", *Bevolking en gezin* (Ndl.), 1998, 59-74.

**75. Rechtvaardiging van de beperking van het voorstel tot onderhoudsuitkering tot de tweede of verdere echtgenote die (ook) na nietigverklaring van het huwelijk nog regelmatig in België kan verblijven** Ons voorstel voor een onderhoudsuitkering is t.a.v. de tweede echtgenote beperkt tot de hypothese dat ze van goede trouw is en haar verblijf in België voortzet. We gaven reeds aan dat deze optie is ingegeven door pragmatische overwegingen. Vanuit het buitenland kan een onderhoudsrecht nauwelijks worden afgedwongen. De vordering zou de Belgische Staat slechts veel kosten en de vrouw vermoedelijk niets opbrengen.

De keuze is evenwel tevens ingegeven door een tweede pragmatische overweging. Het is in het licht van het verblijfsrecht verkieslijk dat het tweede huwelijk wordt nietigverklaard. In dat geval kan de tweede echtgenote immers in een ruimer aantal situaties verwijderd worden dan na echtscheiding. Medewerking van de eerste echtgenote kan daarbij nuttig zijn. Zij kan de polygamie aan het licht brengen. Wordt aan een nietigverklaring van het tweede huwelijk evenwel haast automatisch een recht op onderhoudsgeld gekoppeld voor de tweede vrouw, dan zal dat de bereidheid van de eerste echtgenote om polygamie te rapporteren mogelijk aantasten. De onderhoudsuitkering zal immers onrechtstreeks ten laste komen van het huwelijksvermogen. De eerste echtgenote zal persoonlijk nadeel ondervinden van de nietigverklaring.

**76. Wil de man zijn tweede echtgenote laten overkomen, dan zal hij mogelijk zijn eerste vrouw daartoe verstoten of van haar uit de echt scheiden. Heeft zij inmiddels een stabiele verblijfpositie verworven, dan kan ze haar verblijf in België voortzetten, ook al vervoegt een andere vrouw haar ex-man.**

We gaven reeds aan dat medewerking van de eerste echtgenote niet is uitgesloten, bv. n.a.v. een onderlinge overeenkomst dat de man haar pas zal verstoten op een ogenblik dat ze een zelfstandig recht op verblijf heeft verworven en dat hij haar een onderhoudsgeld uitbetaalt. Is zijn keuze voor de tweede echtgenote onafwendbaar, dan heeft de eerste echtgenote aldus nog kans op een financieel zekere toekomst.

Wordt de eerste echtgenote verstoten, dan kan ze zich tegen de erkenning van de huwelijksontbinding in België verzetten. Een daaropvolgende vordering tot echtscheiding door de man zal zowel tot gevolg hebben dat zij in België kan blijven als dat een nieuwe echtgenote kan overkomen.

De Belgische rechtsorde kan er m.a.w. in zijn eigen financieel belang en in het belang om de hand te houden aan de verblijfsregeling beter voor opteren om het voor de eerste echtgenote zo aantrekkelijk mogelijk te houden om een vordering tot nietigverklaring van het polygame huwelijk in te stellen, door het voorgestelde recht op een onderhoudsvordering slechts toe te kennen aan de tweede echtgenote zolang zij voort in België kan verblijven. Bij een nietigverklaring zal zij haast steeds een bevel krijgen om het grondgebied te verlaten. Slechts als ze de

bescherming van art. 8 E.V.R.M. of humanitaire overwegingen kan invoeren of zich op een andere of een zelfstandige verblijfsgrond kan beroepen, blijft dat lot haar bespaard. Een andere verblijfsgrond kan bestaan in verblijf als student of verblijf n.a.v. tewerkstelling. Geniet ze een zelfstandig verblijfsrecht en is dat het resultaat van een aanvankelijke gezinshereniging, dan zal ze tevens haar goede trouw bij de huwelijksluiting moeten aantonen. Het voordeel van een putatief huwelijk kan haar vervolgens helpen om een recht op voortgezet verblijf af te dwingen, mits ze inmiddels een stabiele verblijfsspositie had verworven. Steunt ze haar zelfstandig verblijfsrecht evenwel op een andere grond dan het inmiddels vernietigde huwelijk, dan moet ze haar huwelijk hebben aangegaan op een ogenblik waarop ze nog geen stabiele verblijfsspositie had. In het andere geval kan immers geen goede trouw aangenomen worden, aangezien ze had moeten weten dat een polygaam huwelijk in België op verzet zou stuiten. Slechts als ze kan bewijzen dat haar echtgenoot haar misleid heeft en de polygamie verborgen heeft gehouden, kan mogelijk alsnog goede trouw worden aangenomen.

## **B. RECHTSPRAAK INZAKE DE POSITIE VAN HET KIND UIT EEN POLYGAAM HUWELIJK**

### **B.1. DE WETTIGE AFSTAMMING VAN HET KIND**

77. De vraag of een kind dat is geboren uit een polygaam huwelijk, dat wettig is aangegaan in een Staat die dit instituut toelaat, een wettig kind is, is niet steeds positief beantwoord. Het Brusselse Hof van beroep<sup>170</sup> heeft in 1983 nog een weigerend vonnis in dit verband herzien. In eerste aanleg had de rechter geweigerd enig rechtsgevolg aan de polygame situatie te verbinden. De rechters in hoger beroep daarentegen sloten zich aan bij de heersende opvatting dat de gevolgen van een polygame gezinssituatie, die op een regelmatige wijze is ontstaan in het buitenland (*in casu* Marokko), geldig zijn in België voor zover deze gevolgen de Belgische sociale ordening niet verstoren. “L’exception d’ordre public international est essentiellement relative et (...) l’exercice, en Belgique, d’un droit régulièrement acquis à l’étranger n’est pas contraire à l’ordre public international belge, pour cette seule raison que celui-ci fait obstacle à la naissance de ce droit en Belgique (...) que toutefois les lois étrangères basées sur des principes en contradiction avec l’ordre public international belge ne pourraient sortir en Belgique certains de leurs effets que dans la mesure où cette reconnaissance et ces effets ne lèseraient pas l’intérêt social protégé”.

78. In latere uitspraken werd de wettige afstamming van het kind uit het tweede huwelijk steeds bevestigd<sup>171</sup>. Het Hof van Brussel<sup>172</sup> motiveerde zijn uitspraak in

<sup>170</sup> Brussel 26 oktober 1983, *T. Vreemd.*, afl. 36-37, 29.

<sup>171</sup> In Frankrijk ook door de bevoegde minister n.a.v. een parlementaire vraag: vr. nr. 20586, *J.O. Deb. Ass. Nat.* 29 januari 1990, 458, *J.C.P.* 1990, IV, 161. Zie ook Duitse rechtspraak: LG Frankfurt 12 januari 1976, *FamRZ* 1976, 217; OLG Hamm 12 september 1986, *StAZ* 1986, 352.

<sup>172</sup> Brussel 26 oktober 1983, *T. Vreemd.*, afl. 36-37, 29.



het belang van het kind als volgt: "l'enfant a un droit à la reconnaissance de la légitimité de sa naissance... que la protection des intérêts légitimes d'un enfant qui a régulièrement et valablement acquis la qualité d'enfant légitime à l'étranger, n'est pas *contraire* à nos conceptions juridiques"<sup>173</sup>.

Dat dergelijke logica tot nog toe niet steeds werd gevolgd, blijkt uit een Brussels vonnis van 1990 (*cf. infra* voor bespreking), waarbij het belang van het kind werd ondergeschikt aan de Belgische sociale ordening, op grond van de overweging dat geen gevolg kan worden toebedeeld aan een tweede huwelijk indien het eerste huwelijk is aangegaan met een onderdaan van een Staat waar het huwelijk monogaam is<sup>174</sup>. O.i. kan de bescherming van de belangen van het kind dat in het buitenland op regelmatige wijze de kwaliteit van wettig kind heeft verworven, niet strijdig zijn met de openbare orde<sup>175</sup>. Ook wanneer de vader bij de tweede huwelijksluiting klaarblijkelijk fraude heeft gepleegd, kan deze fraude o.i. niet in het nadeel van het kind werken.

In een andere uitspraak was het fraude-oogmerk nochtans als medebepalend aangehaald<sup>176</sup>. De rechter heeft daarbij vermoedelijk rekening willen houden met de mogelijkheid dat de fraude het belang van het kind in het gedrang brengt.

**79.** Het kind heeft er evenwel steeds belang bij zijn afstammingsband met de polygame vader vastgesteld te zien. Ook als het in realiteit niet het biologische kind van de polygame man is, moet het de toepassing van de vaderschapsregel kunnen genieten. Dit recht volgt o.i. uit de toepassing van het gelijkheidsbeginsel: een verschil in behandeling tussen het niet-biologische kind van de eerste vrouw dat de toepassing van de vaderschapsregel geniet en het niet-biologische kind van de tweede vrouw dat niet de toepassing van de vaderschapsregel geniet, is niet gerechtvaardigd. Alhoewel mogelijk de niet-vergelijkbaarheid van de situatie kan worden opgeworpen - in de eerste hypothese bestaat het huwelijk nog, in de andere heeft het nooit bestaan -, volgt de vergelijkbaarheid o.i. opnieuw uit het voordeel van een putatief huwelijk: de beoordeling moet gebeuren op het ogenblik waarop de afstamming werd vastgesteld, *i.e.* ten laatste<sup>177</sup> bij de geboorte. T.a.v. het kind geldt de juridische fictie dat het huwelijk geldig was tot het vonnis tot nietigverklaring in kracht van gewijsde is getreden. Deze fictie moet worden toegepast, ongeacht of het recht in toepassing waarvan het polygame huwelijk is nietigverklaard al dan niet het voordeel van putatief huwelijk kent en zonder uitzondering verleent aan het kind<sup>178</sup>. Kent dat recht de rechtsfiguur van

<sup>173</sup> Zie ook: Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42, met voorbehoud voor verstoring van de "sociale of openbare orde" door de verwerving van rechten door het kind; Vred. Sint-Gillis 5 april 1990, *J.T.* 1990, 662, evenwel in beroep hervormd door Rb. Brussel 20 november 1990, *Rev. dr. etr.* 1990, 351, noot M.C. FOGLETS.

<sup>174</sup> Rb. Brussel 20 november 1990, *Rev. dr. etr.* 1990, 351, noot M.C. FOGLETS.

<sup>175</sup> Brussel 26 oktober 1983, *T.Vreemd.*, afl. 36-37, 29. *In casu* hadden alle betrokkenen de Marokkaanse nationaliteit.

<sup>176</sup> Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42, noot F.B.

<sup>177</sup> Immers: verwekking tijdens het tijdvak van het huwelijk volstaat.

<sup>178</sup> Meerdere rechtssystemen doen dat reeds, is het niet bij wet, dan op grond van de billijkheid: o.m. Vrederegerecht Kinshasa/Pont Kasa-Vubu, RC 2603/2, 15 juli 1986, *Revue de droit africain*

het putatief huwelijk niet, dan moet het voordeel m.n. worden toegekend in toepassing van de nationale wet van het kind, of subsidiair in toepassing van de *lex fori*, uit *favor filiationis*.

**80.** Het vaderschap kan in toepassing van de vaderschapsregel slechts worden ontkend door de aangewezen vader, de moeder en het kind zelf. De polygame echtgenoot die niet de biologische vader is van het kind kan zijn vaderschap bijgevolg steeds ontkennen, tenzij het kind inmiddels bezit van staat van kind t.a.v. hem geniet.

Wordt de vaderschapsregel niet op de polygame echtgenoot toegepast, dan is het kind afhankelijk van een vaderlijke erkenning of een onderzoek naar het vaderschap. Wenst de man geen onderhoudsgeld aan het kind te betalen, dan valt te vrezen dat hij niet vrijwillig zal overgaan tot een erkenning. Slechts een bewijs van biologische afstamming kan vervolgens aan de grondslag liggen van een afstammingsband. Wenst de polygame man wél mee te werken, dan is een erkenning nog niet steeds mogelijk. De erkenningsprocedure vergt een tussenkomst van de eerste echtgenote. Zij kan wegens haar financiële belangen trachten het biologische vaderschap van haar echtgenoot t.a.v. het kind van de tweede vrouw te weerleggen<sup>179</sup>. Daartoe kan ze om een DNA-test verzoeken.

Geniet het kind niet de werking van de vaderschapsregel, dan is de kans bijgevolg groot dat het slechts onderhoudsgeld van de polygame man zal genieten als het biologische vaderschap vaststaat. Ook de wens van de niet-biologische vader om het kind te onderhouden zal niet steeds kunnen worden uitgevoerd.

**81.** Ook voor de internationale beslissingsharmonie is het van belang dat het kind uit een polygame relatie het statuut van huwelijks kind wordt verleend. De gelijke behandeling van het kind uit een polygaam huwelijk op grond van het beginsel van gelijke behandeling van huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen vermindert het risico van een hinkende rechtspositie voor het kind met de nationaliteit van een islamland, aangezien afstamming uit een polygame huwelijksband daar wordt erkend.

Bovendien is ook de *wijze* waarop de afstamming wordt vastgesteld, medebepalend voor een volledige gelijke behandeling: ook het niet-biologische vaderschap moet worden beschermd. Zoals het vaderschap van de echtgenoot van de moeder *a priori* wordt vermoed, zo ook heeft het kind uit een polygaam huwelijk recht op het vaderschap van de polygame man, ook al stemt dat

---

2001, 225, noot V. KANGULUMBA MBAMBI: Het Decreet van 4 april 1950 verbiedt polygamie. Art. 3 van dat Decreet, evenals het algemeen rechtsbeginsel van het belang van het kind laten evenwel toe dat het polygaam huwelijk alle gewoonterechtelijke gevolgen ressorteert voor het kind. Wordt vaderlijke erkenning toegelaten, dan wordt het betreffende kind gelijk behandeld als een huwelijks kind. Het vonnis dateerde van vóór de nieuwe familiewet die alle kinderen gelijk behandelt (art. 591 tot 593). Voorheen werd elk kind evenwel reeds gelijk behandeld, bv. ook als het uit een onwettig huwelijk (vb. omdat geen bruidsgift was betaald) geboren was.

<sup>179</sup> In toepassing van art. 319bis j° 330 B.W.

vermoeden niet met de biologische realiteit overeen. Dat geldt eveneens als er geen bezit van staat is. Het gebrek aan bezit van staat kan weliswaar de *betwisting* van vaderschap vergemakkelijken, maar kan geen negatieve invloed hebben op de *vaststelling* van het vaderschap.

## **B.2. ONDERHOUDSGELD TEN BEHOEVE VAN HET KIND UIT EEN POLYGAAM HUWELIJK**

82. Een mooie illustratie van de gedrevenheid van sommige rechters om in onderhoudskwesties tot een billijke oplossing te komen, blijkt uit een arrest van het Hof van Brussel d.d. 27 juni 1988<sup>180</sup>. *In casu* wilde de Marokkaanse eiseres het voordeel van een putatief huwelijk bekomen met het oog op onderhoudsgeld voor het kind dat uit het nietigverklaarde polygame huwelijk was geboren. De rechter in eerste aanleg<sup>181</sup> had haar dat voordeel geweigerd omdat ze niet kon aantonen dat ze bij de huwelijksluiting niet op de hoogte was geweest van de reeds gehuwde staat van haar man en m.a.w. van goede trouw was geweest. De raadsheren in hoger beroep<sup>182</sup> daarentegen hebben niet de Belgische wet, maar de Tunesische wet, nl. de wet die de nietigheid van het huwelijk had bepaald, aangewezen als de wet die ook de gevolgen van die nietigheid zou bepalen. Alhoewel de man in tussentijd Belg was geworden, besloten de raadsheren niet tot een overwegende aanknoping bij de Belgische rechtsorde<sup>183</sup> en pasten ze de wet toe van de nationaliteit die hij op het ogenblik van de huwelijksluiting had. De Tunesische wet vereist geen bewijs van goede trouw opdat het vernietigde huwelijk bepaalde gevolgen, zoals een vastgestelde afstamming, het recht op volledige betaling van de bruidsgift, een wachttijd alvorens opnieuw te huwen en het huwelijksbeletsel van verwantschap, zou ressorteren. De enige voorwaarde die wordt gesteld is de geslachtelijke voltrekking van het huwelijk. Deze was *in casu* bewezen door de geboorte van het kind, aangezien de vordering tot ontkenning van het vaderschap – bij wijze van tussenvordering door de man ingesteld – ongegrond was verklaard. De eiseres bewam het voordeel van een putatief huwelijk en ontving onderhoudsgeld voor haar kind.

## **B.3. DE INTERACTIE MET HET RETRO-ACTIEVE HUWELIJK**

### **B.3.A. HET BRUSSELSE VONNIS VAN 1990**

83. In 1990 weigerde de Brusselse rechter een retro-actief huwelijk te erkennen omdat de terugwerkende kracht van de huwelijksstoestemming tot een situatie van polygamie zou hebben geleid met een – op dat ogenblik reeds ontbonden – eerder aangegaan huwelijk in België met een Belgische vrouw<sup>184</sup>. Het vonnis is reeds het voorwerp geweest van meerdere besprekingen.

<sup>180</sup> Ter hervorming van Rb. Brussel 15 januari 1986, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 22.

<sup>181</sup> Rb. Brussel 15 januari 1986, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 22.

<sup>182</sup> Brussel 27 juni 1988, *T. Vreemd.* 1988, 25.

<sup>183</sup> In het arrest zijn helaas niet voldoende elementen voorhanden om na te gaan of de betrokkenen bij de huwelijksluiting reeds stabiel verblijf hadden in België.

<sup>184</sup> Rb. Brussel 20 november 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 351.

De rechter besloot de buitenlandse wet buiten toepassing te verklaren, op grond van de “intensité du rattachement à la lex fori”. Het gevolg hiervan was evenwel niet alleen dat het huwelijk niet werd erkend, maar tevens dat de kinderen van de tweede vrouw de mogelijkheid was ontzegd om hun vaderlijke afstamming door toepassing van de (Marokkaanse) vaderschapsregel vastgesteld te zien. Was het retro-actief huwelijk daarentegen wél erkend, dan had de man als vader, in het nadeel van zijn eerste echtgenote, in het onderhoud van de kinderen moeten voorzien.

84. Het vonnis roept bovenal de vraag op of het zin heeft een reeds beëindigd gezinsleven, *in casu* dat tussen de man en zijn voormalige Belgische vrouw, dusdanig te beschermen dat het huwelijk tussen de man en de Marokkaanse vrouw wordt miskend terwijl het naar Marokkaans recht op wettige wijze is aangegaan<sup>185</sup>. Ook als partners zouden hebben beseft dat de terugwerkende kracht van het huwelijk zou interfereren met het eerste huwelijk, zou dat niet volstaan om tot kwade trouw te besluiten. Hun beider personeel statuut staat een polygaam huwelijk immers toe<sup>186</sup>.

Naar Marokkaans recht was de techniek van het retro-actieve huwelijk de enige mogelijkheid om de kinderen een wettige vaderlijke afstamming te bezorgen. Door de geldigheid van het huwelijk te betwisten, betrachtte de man in hoger beroep zijn veroordeling tot het betalen van onderhoudsgeld voor de kinderen te doen herzien. Naar onze opvatting aanvaardt eenieder die kiest voor een retro-actief huwelijk<sup>187</sup> daarentegen het risico van de lasten die de tijdens de fictieve huwelijksjaren zijn ontstaan. Ook als de vrouw het bestaan van de kinderen voor hem verborgen zou hebben gehouden, kan de man zich slechts na een geslaagde betwisting van het vaderschap bevrijden van zijn onderhoudsplicht. Bedrog volstaat evenmin om het huwelijk nietig te verklaren: ‘*en mariage trompe qui peut*’<sup>188</sup>.

### B.3.B. ELEMENTEN VOOR EEN RUIMERE ERKENNING: DE RETRO-ACTIEVE WETTIGING VAN EEN KIND

85. Twee vaststellingen steunen ons in onze opvatting dat de rechter zich evengoed in andere zin had kunnen uitspreken<sup>189</sup>. Ten eerste geeft de uitspraak

<sup>185</sup> Het gegeven dat uit de onenigheid m.b.t. het onderhoud van de kinderen kan worden afgeleid dat ook deze betrokkenen feitelijk zijn gescheiden, doet hier niets aan af.

<sup>186</sup> In de hieronder voorgestelde verstrenging n.a.v. stabiele migratie, zou deze redenering niet langer worden gehandhaafd wanneer de vrouw reeds meer dan drie jaar in België heeft gewoond op het ogenblik van de vordering.

<sup>187</sup> M.C. FOLETS, « Quelques réflexions à propos de la régularisation rétroactive de mariages solo consensu », *Rev. dr. étr.* 1990, 355, stelt bovendien: “l’acte confirmatif du mariage entre les parties, originellement, avait été établi à la demande du défendeur originel, pour en conclure qu’à sa propre demande le désigné père des deux enfants a donc acquiescé - à tout le moins au moment de la rédaction de l’acte - aux effets du mariage rétro-actif”.

<sup>188</sup> Rechtsadagium Loisel, o.c.

<sup>189</sup> We stelden reeds voor om het huwelijk te erkennen vanaf het ogenblik dat de akte werd

impliciet te kennen dat er geen bezwaren rijzen tegen de techniek van de retro-actieve wettiging van een kind. Ten tweede wijst bepaalde vroegere rechtspraak uit dat inzake polygamie reeds eerder van het beginsel van de 'intensiteit van de aanknopings' is afgestapt<sup>190</sup>.

**\* De mogelijkheid om een kind retro-actief te 'wettigen'**

**86.** De techniek van de retro-actieve wettiging van het kind stuit op zich klaarblijkelijk niet op enig bezwaar. De rechter heeft het *in casu* niet nodig geacht (eventueel impliciet) te vermelden dat een afstammingsband zonder kunstgrepen moet worden vastgesteld en dat de exceptie van openbare orde steeds de nodige waarborgen biedt tegen personele wetten die de vaststelling van buitenhuwelijkse vaderlijke afstamming verbieden<sup>191</sup>. De Belgische rechter staat systematisch toe dat het genetische vaderschap wordt vastgesteld d.m.v. een onderzoek naar het vaderschap, ingesteld op vordering van de moeder van het kind. Het gegeven dat hiermee een overspelige afstamming wordt vastgesteld, staat hier niet aan in de weg. Voor de tegenstelbaarheid van het vonnis tot vaststelling van de afstamming volstaat dat het betekend wordt aan de echtgenote<sup>192</sup>. Wenst de man het kind te erkennen, dan moet de echtgenote weliswaar persoonlijk in de procedure worden betrokken. Ze kan de erkenning evenwel slechts tegengaan als ze bewijst dat haar echtgenoot niet de biologische vader is. De Belgische rechter laat vreemdelingen toe om een buitenhuwelijks vaderschap te laten vaststellen, ook al zou hun nationale wet dat verbieden<sup>193</sup>. Tegen leugenachtige erkenningen wordt vooralsnog zelden opgetreden.

**87.** Niet alleen weigerde de rechter *in casu* om op grond van de fictie van een retro-actief huwelijk te besluiten tot een vaderlijke afstamming. Ook liet hij andere kansen onbenut om die afstamming vast te stellen. T.a.v. het tweede kind volgt de vaderlijke afstamming m.n. uit de akte van bekendheid, die was gedagtekend op een datum die de verwekking van het tweede kind voorafging. De rechter twijfelde weliswaar aan de rechtsgeldigheid van de retro-activiteit omdat de twaalf Marokkaanse getuigen in Marokko een verklaring hadden afgelegd over

---

opgesteld en om voor de voorafgaande periode het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen in geval van goede trouw: cf. *supra*, deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 221 e.v.

<sup>190</sup> Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42, noot F.B.; Brussel 26 oktober 1983, *T. Vreemd.* 1985, nr. 36-37, 29; Luik 26 juni 1975, *J.L.* 1975-76, 163.

<sup>191</sup> Zie o.m. Rb. Antwerpen 30 juni 1998, *R.W.* 2000, 311-314; Rb. Brussel 2 november 1983, *J.J.P.* 1986, 114-115, noot J. ERAUW.

<sup>192</sup> Art. 322, tweede lid B.W. Overspelige afstamming werd reeds voor de inwerkingtreding van de nieuwe afstammingswet verenigbaar geacht met de openbare orde: Cass. 27 februari 1986, *Rev. not. b.* 1986, 474, noot R. VANDER ELST, *R.C.J.B.* 1989, 56, noot N. WATTE.

<sup>193</sup> O.m. Bergen 25 juni 1991, *Pas.* 1991, II, 177; Rb. Antwerpen 30 juni 1998, *R.W.* 2000, 311, noot K. SWERTS; Rb. Brussel 29 juni 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 231; Rb. Brussel 16 december 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 444; Rb. Antwerpen 6 mei 1992, *T. Vreemd.* 1992, 275; Rb. Brussel 28 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 263; Rb. Brussel 22 november 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 253; Rb. Antwerpen 2 november 1983, *T. Vred.* 1983, 114, *T. Vreemd.* 1984, 154, noot J. ERAUW; Brussel 30 juni 1981, *J.T.* 1981, 723, noot N. WATTE; Rb. Brussel 22 september 1980, *J.T.* 1981, 80; Luik 26 november 1976, *J.L.M.B.* 1977, 235.

feiten die zich gedeeltelijk in België hadden afgespeeld. Hun handtekening onder de akte bevestigt evenwel de dagtekening. Tenzij hij reden zag om de echtheid van die handtekeningen te betwisten, bestaat over de dagtekening geen twijfel<sup>194</sup>. Ook al wordt de retro-activiteit niet erkend, het huwelijk bestond minstens naar Marokkaans recht en conform onze erkenningsregels vanaf het ogenblik waarop de akte was opgesteld. Dit leidt ons tot de conclusie dat het tweede kind ook buiten de discussie over de erkenbaarheid van een retro-actief huwelijk om had kunnen worden erkend als huwelijks kind.

88. T.a.v. het andere kind menen we te kunnen verwijzen naar rechtspraak van o.m. dezelfde rechtbank die – weliswaar buiten de hypothese van polygamie – de techniek van het retro-actieve huwelijk om een kind een huwelijks statuut te geven, verenigbaar heeft verklaard met de Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde<sup>195</sup>. Een Marokkaan was in Marokko gehuwd met een Belgische vrouw die al moeder was van twee in België geboren buitenhuwelijkse kinderen. Door de techniek van het retro-actieve huwelijk konden de kinderen naar Marokkaans recht als wettige kinderen van de man worden beschouwd en hadden ze de Marokkaanse nationaliteit. De rechter had evengoed de geldigheid van het retro-actieve huwelijk kunnen betwisten. De intensiteit van de aanknoping met de Belgische rechtsorde was immers groot genoeg om het huwelijk niet te erkennen, hetzij om dezelfde reden als *in casu* (het probleem van de getuigen), hetzij omwille van de vereiste van een geldige toestemming op het ogenblik van de huwelijksluiting<sup>196</sup>, hetzij louter op grond van de sterke aanknoping met de Belgische rechtsorde en de onmogelijkheid naar Belgisch recht om retro-actief te huwen<sup>197</sup>.

De rechtbank van Brussel oordeelde in deze zaak evenwel dat noch de retro-activiteit van het huwelijk, noch de gevolgen ervan strijdig waren met de Belgische internationaal-privaatrechtelijke openbare orde. De rechter lijkt daartoe te hebben besloten a.h.v. een analogieredenering. Hij maakte in zijn motivering met name een vergelijking met het Belgische recht en besloot dat ook naar Belgisch recht een wettiging van kinderen door huwelijk bestaat. Ook naar Belgisch recht gaat het sociale ouderschap soms voor op de biologische realiteit<sup>198</sup>. *In casu* wensten bovendien zowel de man als de vrouw dat de kinderen zouden worden gewettigd. Hetzelfde resultaat had bijgevolg kunnen worden bereikt door het huwelijk pas vanaf de reële huwelijksluiting te laten ingaan. Hun beider toestemming liet immers een ‘wettiging’ door huwelijk toe.

<sup>194</sup> Cf. *infra* hoofdstuk 4, randnr. 102: eenzelfde opvatting m.b.t. een *acte de confirmation de mariage*, opgesteld na herroeping van een verstoting, bracht het O.M. ertoe de geldigheid van het huwelijk aan te nemen: Brussel 25 april 2000, *A.J.T.* 2001, 454.

<sup>195</sup> Rb. Brussel 22 januari 1980, *A.R.* 62.632, *onuitg.*, *aangeh.* door F. BALLION, “La pratique judiciaire et administrative et le droit maghrébin des personnes dans l’arrondissement judiciaire de Bruxelles”, *J.J.P.* 1989, (69-94), 73 en 74; Vred. Sint-Gillis 27 december 1983, *J.J.P.* 1985, 275.

<sup>196</sup> Cf. *supra*, deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste).

<sup>197</sup> Deze laatste aanknoping is evenwel minder opportuun aangezien reeds een postuum huwelijk tussen een Belgische vrouw en een vooroverleden Fransman werd erkend.

<sup>198</sup> Cf. *supra* reeds: deel 2A, evenals deel 3, hoofdstuk 3 (de verwantschapsbeletsel).

Dat gegeven volstaat naar Belgisch recht om de kinderen een huwelijkse afstamming te verlenen. De reden waarom de rechter niettemin het retro-actieve huwelijk heeft erkend, moet er m.a.w. in hebben bestaan dat hij tevens een hinkende rechtssituatie heeft willen voorkomen<sup>199</sup>.

**89.** In de zaak die het voorwerp vormt van deze bespreking was de intensiteit van de aanknoping met de Belgische rechtsorde weliswaar ooit sterker geweest, door de Belgische nationaliteit van de eerste echtgenote. Deze sterke band bestond evenwel slechts tot de echtscheiding van de man en zijn eerste vrouw. Het voorkómen van een hinkende rechtssituatie door de retro-actieve 'wettiging' toe te staan had hier moeten primeren op het belang om een beëindigd gezinsleven voor het verleden 'onaangetast' te houden, m.a.w. op de zorg om een huwelijk te beschermen dat inmiddels reeds is ontbonden.

**\* Een polygaam huwelijk kan verregaande rechtsgevolgen ressorteren**

**90.** Enkele nuanceringsen die ten tijde van het vonnis reeds werden gemaakt m.b.t. de bescherming van een bestaand geldig huwelijk, ondersteunen onze opvatting. Zo krijgt een overspelige afstamming juridisch voorrang op de bescherming van bestaand huwelijksleven. De afstammingsband kan immers worden vastgesteld zonder dat de echtgenote van de verwekker kan tussenkomen<sup>200</sup>. Ook kan een vrouw het vaderschap van haar echtgenoot betwisten, waarna een derde het kind kan erkennen<sup>201</sup>. Bovendien zijn voorheen reeds verregaander gevolgen van een polygaam huwelijk erkend, in die zin dat het tweede huwelijk voor de eerste vrouw ook *tijdens* haar huwelijk financieel nadelige gevolgen met zich mee kan brengen<sup>202</sup>.

**91.** We steunen onze tweede nuancering op het hogergenoemde arrest van het Hof van Luik van 1975<sup>203</sup>. Bij de bepaling van het onderhoudsgeld dat na feitelijke scheiding werd toegekend aan de Italiaanse (eerste) echtgenote van een Marokkaanse man, hield de rechter in hoger beroep, op vordering van de polygame man, rekening met de lasten van diens tweede huwelijk. Noch de Italiaanse nationaliteit van de eerste vrouw, en bijgevolg het verbod voorzien in

<sup>199</sup> Dergelijke zorg om hinkende rechtssituaties te voorkomen blijkt ook uit een vonnis van de rechtbank van Brussel van 1992: Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42, noot F.B. Beide ouders hadden om een verbetering van de geboorte-akte gevraagd om het vaderschap van de man daarin te laten opnemen. *In casu* had de rechter zulks niet noodzakelijk moeten toelaten om het kind naar Belgisch recht een vaste afstammingsband te verschaffen. De vader was immers bereid om het kind als het zijne te behandelen en had het evengoed naar Belgisch recht kunnen erkennen, nadat de buitenlandse wet in toepassing van de BIPOO-exceptie buiten toepassing zou zijn verklaard. Het belang van het kind heeft de rechter er bijgevolg niet toe 'gedwongen' om de gevolgen van het polygame huwelijk te erkennen. De vaststelling dat hij hier toch voor heeft geopteerd, wijst uit dat de rechter beoogd moet hebben een hinkende rechtspositie te vermijden.

<sup>200</sup> Art. 322, tweede lid B.W. verplicht de man slechts tot betekening aan zijn echtgenote van het vonnis waarbij zijn vaderschap wordt vastgesteld. Art. 319*bis* B.W. laat haar slechts toe om tussen te komen voor het bewijs dat hij de biologische vader niet is.

<sup>201</sup> Art. 332 B.W., laatst gewijzigd bij wet van 31 maart 1987.

<sup>202</sup> Zie o.m. Luik 26 juni 1975, *J.L.* 1975-76, 163.

<sup>203</sup> Luik 26 juni 1975, *J.L.* 1975-76, 163.

haar personeel statuut van een polygaam huwelijk, noch de geboorte van twee kinderen uit haar huwelijk met de man, brachten de rechter ertoe de intensiteit van de aanknoping aan de *lex fori* in te roepen om te beletten dat het polygame huwelijk enig rechtsgevolg zou ressorteren. Het feit dat uit het tweede huwelijk nog geen kinderen waren geboren, maakt de uitspraak nog verrassender. De rechter reduceerde het bedrag van de onderhoudsbijdrage die de man moest betalen aan de eerste echtgenote en zijn twee kinderen, om tegemoet te komen aan de lasten van zijn huwelijk met de kinderloze tweede vrouw. 'Le second mariage de l'appelant est sans incidence, mais constitue une charge admissible, ainsi que l'accueil, chez lui, de plusieurs personnes de sa famille'. De laatste verwijzing naar 'l'accueil, chez lui, de plusieurs personnes de sa famille' kan nog meer verwonderen, omdat, áls er reeds overeenstemming bestaat over het feit dat naar intern recht bij de berekening van de onderhoudsbijdrage rekening wordt gehouden met het feitelijke gezin<sup>204</sup>, daarover nog steeds veel betwisting bestaat m.b.t. andere familieleden<sup>205</sup>.

In een latere uitspraak volgde de vrederechter van Sint-Gillis de stelling van het Hof niet en besloot hij dat de lasten van het tweede huwelijk niet konden worden opgenomen in de berekening van het onderhoudsgeld t.a.v. de eerste vrouw en

<sup>204</sup> In negatieve zin: Vred. Sint-Gillis 8 juli 1983, *T. Vred.* 1986, 113: voor de berekening van de lasten die in mindering worden gebracht van het onderhoudsgeld dat een persoon aan zijn kind moet betalen, wordt geen rekening gehouden met de lasten van een feitelijk gezin. *In casu* woonde de schuldenaar van het onderhoudsgeld samen met een vrouw en haar twee kinderen. Deze rechtspraak heeft evenwel betrekking op het onderhoud van de kinderen, dat mogelijk beter wordt beschermd dan dat van de partner. Bovendien is ze mogelijk achterhaald, wat mag blijken uit volgende rechtspraak, waarbij werd bevestigd dat een feitelijk gezin lasten met zich meebrengt: Rb. Brussel 31 oktober 1996, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 137, *J.L.M.B.* 1997, 1044: "Het stichten van een feitelijk gezin, zonder overeenkomst die dat organiseert, doet op zichzelf geen enkel rechtsgevolg ontstaan. Het lijkt nochtans logisch dat een solidariteitsplicht de bijzitten ertoe brengt volgens hun mogelijkheden bij te dragen in de behoeften van het dagelijkse leven". Het is evenwel onduidelijk of we uit deze uitspraak mogen afleiden dat de rechter ook met die solidariteitsplicht rekening zal houden wanneer er andere financiële lasten, ditmaal met wettelijke grondslag, op de man rusten. Dit blijkt o.i. wel uit: Rb. Leuven 27 september 1996, *J.Proc.* 1996, afl. 313, 26, noot P. LEGROS en J.P. NYS en Vred. Gent 4 november 1996, *A.J.T.* 1996-97, 323, noot K. JACOBS: toekenning van onderhoudsgeld aan de partner na foutieve verbreking van een overspelige concubinaatsrelatie. De vrouw had na de geboorte van het gemeenschappelijke kind loopbaanonderbreking genomen en was daardoor financieel afhankelijk van de inkomsten van de man geworden. De natuurlijke verbintenis tot onderhoud die hij tijdens de relatie op zich had genomen, was na verloop van tijd een gerechtelijk afdwingbare verbintenis geworden. In dezelfde zin: M.T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, 403. *Contra*: Bergen 6 oktober 1994, *J.T.* 1995, 300: "Bij ontstentenis van een overeenkomst tussen samenwonenden bestaat er tussen partijen geen enkele verplichting tot hulpverlening en tot betaling van een bijdrage in de lasten van het feitelijk gezin. Samenwonen doet als zodanig geen vermoeden van onverdeeldheid of van het bestaan van een gemeenschap tussen de samenwonenden ontstaan, zelfs indien het samengaat met een materiële vermenging; iedere samenwonende blijft immers beschikken over zijn eigen vermogen".

<sup>205</sup> Hierover meer: S. D'HONDT en G. LOOSVELDT, "De verhoudingen tussen de welzijnscliënt en de niet-professionele hulpverlener: aan opwaardering toe", in G. LOOSVELDT en B. VAN BUGGENHOUT (eds), *Cliëntgerichte perspectieven in de welzijnszorg*, Leuven/Apeldoorn, Garant/Maklu, 2000, 129-169, met bespreking van Nederlandse rechtspraak die hierin hoogstens een natuurlijke verbintenis ziet: Rb. Zwolle 21 december 1995, *J.V.B.* 1996, 65-66.



de kinderen uit het eerste huwelijk (*cf. infra*)<sup>206</sup>. Wij sluiten ons daarentegen aan bij de uitspraak van het Luikse Hof. Ook al geniet hij vooralsnog geen unanieme navolging, hij biedt ons een bijkomend argument om dan toch minstens vanaf de ontbinding van het eerste huwelijk een volwaardige bescherming te bieden. Deze bescherming komt *a fortiori* toe aan de kinderen.

**92.** In de hypothese dat het eventuele recht van de eerste (ex-)echtgenote op alimentatie in het gedrang zou komen doordat de onderhoudsplicht van de man jegens de kinderen hem financieel voor een onhoudbare situatie plaatst, kan de vrouw zulks niet als een onrechtmatige benadeling aanhalen, aangezien het tweede huwelijk minstens vanaf de ontbinding van het eerste huwelijk geldig was<sup>207</sup>. Begint een man na een echtscheiding een nieuw gezinsleven en komen daar lasten bij kijken, dan moet de ex-echtgenote ook naar Belgisch recht<sup>208</sup> aanvaarden dat dat gevolgen kan hebben voor haar recht op onderhoudsgeld. Een vordering tot herziening van het bedrag kan worden ingesteld.

**\* Een huwelijk dat is nietigverklaard wegens polygamie kan de kinderen een huwelijkse afstammingsband verlenen**

**93.** Voorts hebben een Brussels arrest van 26 oktober 1983, dit overigens met een expliciete verwijzing naar het belang van het kind, en een Brussels vonnis van 15 januari 1992 alvast toegestaan dat een huwelijkse afstamming werd vastgesteld n.a.v. de vernietiging van een polygaam huwelijk. In beide gevallen werd dit gevolg van het polygame huwelijk niet geacht de Belgische sociale of openbare orde te verstoren. In de zaak die voorlag bij de Brusselse rechtbank verbleef de polygame man op het ogenblik van het tweede huwelijk reeds sinds minstens vier jaar in België. Het voordeel van een putatief huwelijk werd de kinderen niet geweigerd. Dit gebeurde o.i. terecht. Het feit dat de situatie nauwe banden vertoont met de Belgische rechtorde hoeft daar geen afbreuk aan te doen.

In de Brusselse zaak die leidde tot het vonnis van 20 november 1990 bleek de man reeds sinds zes jaar in België te verblijven alvorens de akte van bekendheid van het tweede huwelijk was opgesteld. Deze akte maakte evenwel gewag van een retro-actief huwelijk. Over de bewijskracht van de akte is veel inkt gevloeid<sup>209</sup>. Los van de vraag of het is aangewezen om de retro-activiteit van het huwelijk te erkennen<sup>210</sup>, kan het belang van het kind rechtvaardigen dat het het voordeel van een putatief huwelijk wordt verleend. Zoals we voorheen reeds aangaven, menen

<sup>206</sup> Vred. Sint-Gillis 15 oktober 1987, *J.J.P.* 1989, 114.

<sup>207</sup> Zoals tevens wordt bepaald door art. 11, tweede lid van het door België niet ondertekende Haagse Verdrag inzake het aangaan en de erkenning van de geldigheid van huwelijken, 14 maart 1978, *weergeg.* in J. ERAUW, *Bronnen van internationaal privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 85.

<sup>208</sup> Het Belgische recht is in de materie steeds toepasselijk, behalve bij echtscheiding met onderlinge toestemming, in toepassing van de Wet Rolin.

<sup>209</sup> Zie o.m. noot M.C. FOBLETS onder het arrest.

<sup>210</sup> *Cf. supra*, randnr. 83 *in initio*.

we dat het de voorkeur geniet om alvast aan te nemen dat sprake was van een huwelijk, ten laatste vanaf het ogenblik waarop de akte rechtsgeldig werd opgesteld en ondertekend door de getuigen. Wordt de retro-activiteit van het huwelijk niet erkend, dan kan minstens de aktering worden gelijkgesteld met een huwelijksluiting<sup>211</sup>. Minstens vanaf dat ogenblik kunnen de kinderen o.i. worden 'gewettigd'. Vragen over de afstammingsband voor de periode die de opstelling van de akte voorafgaat en waarvoor de partners hebben gepoogd de fictie van een huwelijk in te stellen, kunnen worden beoordeeld op grond van het criterium van de huwelijks toestemming. Gaat men ervan uit dat geen huwelijks toestemming kan worden aangenomen voor die periode omdat er geen persoonlijke verschijning heeft plaatsgevonden, dan heeft voorheen nooit een huwelijk bestaan en kan art. 202 B.W. niet spelen. De kinderen kunnen niet voor de periode die de eerste effectieve toestemming voorafging het voordeel genieten van een putatief huwelijk, want er heeft vóór de eerste toestemming nooit een huwelijk bestaan, dat desgevallend achteraf kan worden vernietigd.

Wordt daarentegen aangenomen dat de retro-actieve toestemming een volwaardige toestemming is<sup>212</sup>, dan moet het huwelijk expliciet worden nietigverklaard en genieten de kinderen het statuut van huwelijks kind voor de hele periode, vanaf het ingaan van de fictie.

**94.** Tenslotte rijst n.a.v. een polygaam huwelijk de vraag naar de verhouding tussen het kind van één vrouw en de andere echtgenotes van de polygame man. Mogelijk vormen de betrokkenen één feitelijk gezin<sup>213</sup>. Wat deze vraag betreft, voorzien ook de Staten wier familierecht polygamie toelaat, terzake niet in een regeling<sup>214</sup>. Geïnspireerd door de regelingen van ons interne recht m.b.t. de verhouding stiefmoeder-stiefkind, kunnen we denken aan de instelling van een huwelijksverbod tussen beiden, aan een vereenvoudigde adoptieregeling en aan een bescherming van het kind tegen een schenking bij levenden of bij testament aan de stiefmoeder. We menen met BOURDELOIS te mogen besluiten dat onze rechtsorde met dit feitelijke gezin rekening kan houden als een rechtsfeit, m.n. als een gevolg van het polygame huwelijk<sup>215</sup>.

<sup>211</sup> Cf. *supra*, deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 221 e.v., en hoofdstuk 6 (huwelijks vormvoorwaarden), randnrs 155 en 234.

<sup>212</sup> Zie hierover deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 221 e.v. We stellen daar voor om te besluiten tot een volledige afwezigheid van toestemming voor de periode die voorafging aan de opstelling van de akte tot 'bevestiging' van het retro-actieve huwelijk.

<sup>213</sup> B. BOURDELOIS (1993), 256.

<sup>214</sup> In die zin: B. BOURDELOIS (1993), 256. Slaan we er enkele regelgevingen op na, dan komen we tot eenzelfde conclusie: o.m. Marokkaanse Mud. In de Algerijnse familiecode kunnen slechts twee bepalingen worden onderscheiden die op de onderlinge verhoudingen betrekking hebben: art. 37 verwoordt het beginsel van de gelijke behandeling van alle echtgenotes en art. 39 stelt dat de echtgenote alle verwanten (en dus ook de andere echtgenotes en kinderen) van haar echtgenoot moet respecteren. Een mogelijke verklaring die Bourdelois aanreikt voor het ontbreken van een verregaandere regeling, is dat het familieleven in Afrika eerder sociaal is bepaald. De ascendenten hebben automatisch een collectieve verantwoordelijkheid voor de hele volgende generatie. Iedereen in eenzelfde generatie staat op eenzelfde rang (ouder-nonkel bv.).

<sup>215</sup> B. BOURDELOIS, o.c., 258.

## HOOFDSTUK 3. EVALUATIE EN VOORSTELLEN

### A. DE OMGANG VAN HET INTERNE RECHT MET VERHOUDINGEN TUSSEN BELGEN DIE (NAAR BEPAALDE GEVOLGEN) EEN ZEKERE GELIJKENIS VERTONEN MET POLYGAMIE: DE ZOGENAAMDE BELGISCHE FEITELIJKE POLYGAMIE

1. Alle Europese Staten verbieden zonder uitzondering dat op hun grondgebied een polygaam huwelijk wordt aangegaan. De meest soepele houding t.a.v. de gevolgen van een polygaam huwelijk vinden we terug in de Joegoslavische regelgeving. Deze kent bij nietigverklaring steeds het voordeel van de putativiteit toe<sup>1</sup>. De regel vindt vermoedelijk haar oorsprong in een grondwettelijke bepaling van het voormalige Joegoslavië, die eenieder het recht gaf vrij te beslissen over de geboorte van kinderen, een recht dat slechts om gezondheidsredenen kon worden beperkt. Sommige auteurs leiden uit de bepaling af dat eenieder een gezin kon stichten met een derde, naast een bestaand huwelijk<sup>2</sup>.

Ook bij een introductie van het beginsel van de foutloze echtscheiding in het Belgische recht blijft de kans gering dat de verlening van het voordeel van putatief huwelijk zou worden losgekoppeld van het criterium van goede trouw. Alhoewel de putativiteitsleer de fictie creëert dat een echtscheiding heeft plaatsgevonden, om alle gevolgen van het huwelijk die de nietigverklaring vooraf zijn gegaan te laten voortbestaan, blijft de materie betrekking hebben op de nietigheidsleer. Het is onwaarschijnlijk dat een wijziging binnen het echtscheidingsrecht zonder meer zou worden doorgetrokken naar de nietigheidsbepalingen. De schuldloze echtscheiding is reeds realiteit in o.m. Nederland en Duitsland<sup>3</sup>. Ook daar blijft de leer van de putativiteit gekoppeld aan de leer van de goede trouw.

2. In de zaak Baaziz weigerde het Franse Hof van Cassatie<sup>4</sup> toe te staan dat een polygaam huwelijk waarbij de eerste echtgenote de Franse nationaliteit had, enig rechtsgevolg zou ressorteren. De verwijzing naar de sterke *Inlandsbeziehung* werd evenwel aangevuld met het argument dat de polygamie voorbijgestreefd ('dépassée') is. Dit argument gaat lijnrecht in tegen het huidige rechtsdenken dat meer en meer open staat voor niet-traditionele gezinspatronen<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC., o.c., 32.

<sup>2</sup> S. PATTI en M. MLADENOVIC, o.c., 32.

<sup>3</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnr. 42, noot 118.

<sup>4</sup> Cass. fr. 6 juli 1988, R.C.D.I.P. 1989, 71, noot Y. LEQUETTE.

<sup>5</sup> J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations", *Recueil des cours de La Haye* 1988, IV, 164: "Dans un système de plus en plus indifférent aux structures traditionnelles de la famille et qui traite souvent de même façon mariage et concubinage, l'argument tiré de la

In meerdere Europese Staten wordt inmiddels in verscheidene rechtsdomeinen rekening gehouden met wat kan worden benoemd als ‘feitelijke polygamie’<sup>6</sup>. Zoals we reeds tijdens de voorgaande bespreking aanhaalden, blijkt bv. de schadevergoedingsleer ook toepassing te kennen t.a.v. de partner in overspelig concubinaat.

Daarnaast komt de onderhoudsplicht van de successief polygame partner steeds onrechtstreeks ten laste van de nieuwe huwelijkspartner, minstens door de beperktere omvang van de erfrechtelijke massa bij overlijden van de onderhoudsplichtige partner. Mogelijk wordt deze massa nog belast met een voortzetting van de onderhoudsplicht.

Ook in het socialezekerheidsrecht wordt steeds meer eerder naar de feitelijke dan naar de juridische gezinstoestand gekeken.

**3.** We vatten kort nog enkele concrete voorbeelden samen van reeds aangehaalde vergelijkbare situaties die naar intern recht een uitkomst hebben gekregen die de erkenning van bepaalde rechtsgevolgen van polygamie kan ondersteunen:

- een man kan zijn kind uit een overspelige relatie erkennen, zonder inspraak van de echtgenote. Ondanks het gegeven dat de onderhoudsplicht t.a.v. het kind uit overspel geen deel uitmaakt van de lasten van het huwelijk, zal de vrouw er onrechtstreeks (financieel) onder lijden, aangezien beide partners naar eigen vermogen voor de lasten moeten instaan. Is de man minder vermogend, o.m. door zijn onderhoudsplicht, dan zal de vrouw reeds tijdens het huwelijk daarvan nadeel ondervinden. Daarnaast zal ze in elk geval bij het overlijden van haar echtgenoot worden geconfronteerd met een kleinere erfrechtelijke massa.

In beide gevallen, kind uit overspel of uit een polygaam huwelijk, kan de (eerste) echtgenote een vordering instellen tot echtscheiding. In het eerste geval kan ze een schuldechtscheiding bekomen wegens overspel. Een onderhoudsuitkering kan haar worden toegewezen. Daarbij zal evenwel onvermijdelijk rekening worden gehouden met de middelen van de man<sup>7</sup>, die o.m. zijn verminderd door zijn onderhoudsplicht t.a.v. het kind. Er is ons geen rechtspraak bekend waarbij de eerste echtgenote in een polygaam huwelijk een schuldechtscheiding

---

polygamie tend à être dépassé et il y a là un facteur inévitable d'affadissement de l'ordre public". Deprez vervolgt weliswaar: "Il est vrai toutefois qu'en ces matières d'autres considérations de nature économique et financière peuvent appeler des solutions restrictives que l'ordre public servirait alors à mettre en oeuvre en privant le second mariage de tout effet (...)". Hij besluit evenwel: "En revanche, les réactions émotionnelles du corps social n'ont pas à être prises en considération dans la fixation d'une politique d'ordre public".

<sup>6</sup> A. HEYVAERT, "De Belgische polygamie in de jaren '90", *Journ. Proc.* 1994, 18, illustreert de relativiteit van het begrip 'huwelijk' naar cultuur en tijd. Ook binnen eenzelfde cultuur en op eenzelfde ogenblik zijn evenwel meerdere varianten mogelijk. 'Het huwelijk is uiteindelijk slechts de relatie die men 'huwelijk' noemt (wil noemen)'.

<sup>7</sup> Zie o.m. Dijon 10 mei 2000, *Juris data* ([www.jurifrance.com/wjuridiq/doc](http://www.jurifrance.com/wjuridiq/doc)), nr. 130444.

bekwam terwijl haar personeel statuut polygamie toeliet<sup>8</sup>. We stellen voor om haar niettemin een onderhoudsuitkering toe te kennen, los van het schuldelement<sup>9</sup>, of om alsnog grove belediging te aanvaarden indien de situatie nauwe banden vertoont met de Belgische rechtsorde en de echtgenote daardoor, ondanks haar personeel statuut, de verwachting had kunnen koesteren van een definitief monogaam huwelijk.

- ook al weigert een man om het kind dat hij in overspel heeft verwekt te erkennen, hij kan steeds worden onderworpen aan een onderzoek naar het vaderschap of kan worden veroordeeld tot het betalen van levensonderhoud, opvoeding en een passende opleiding. Voor het laatste volstaat overigens dat de moeder kan aantonen dat ze geslachtelijke omgang met hem heeft gehad in het tijdvak van de verwekking<sup>10</sup>. Ook al willen beide wettig gehuwde partners hun huwelijk afschermen, het belang van het kind heeft prioriteit.

- huwt een vrouw met een man die eerder van een andere vrouw uit de echt is gescheiden, dan betaalt hij deze laatste mogelijk nog een onderhoudsuitkering, een last die onrechtstreeks de tweede echtgenote benadeelt<sup>11</sup>. Tegen een vergelijking met de situatie van de tweede echtgenote in een gelijktijdig polygaam huwelijk kan het argument worden opgeworpen dat de tweede echtgenote in een opvolgend huwelijk wist dat ze was gehuwd met een man die uit de echt was gescheiden. Gaat een vrouw een huwelijk aan met een man die beweert dat hij nog niet eerder is gehuwd of weduwnaar is of van wie ze vermoedt dat dat het geval is, dan kan ze het huwelijk evenwel niet laten nietigverklaren op grond van bedrog<sup>12</sup> of dwaling<sup>13</sup>. "*En mariage trompe qui peut*". Het recht heeft er voor geopteerd om ook t.a.v. een onwetende partner of kind geen rekening te houden met de onderhoudsplicht van de man n.a.v. een vorig huwelijk. Beide situaties zijn bijgevolg wel degelijk vergelijkbaar.

- bepaalde Franse familierechtspraak, waaronder een arrest van het Franse Hof

<sup>8</sup> We verwezen hierboven reeds naar de discussie omtrent de invulling van de getrouwheidsplicht: zie hoofdstuk 2, randnr. 27. We menen ons aan te kunnen sluiten bij de opvatting dat deze plicht niet wordt geschonden door een polygaam huwelijk dat werd aangegaan op een ogenblik waarop de eerste echtgenote nog niet op stabiele wijze in België verbleef. Verbleef ze op dat ogenblik wél reeds op stabiele wijze in België, dan heeft ons voorstel om voortaan Belgisch recht op haar toe te passen, tot gevolg dat ook het Belgische getrouwheidsbeginsel zou worden toegepast. In dat geval zou haar de mogelijkheid worden geboden om echtscheiding te vorderen op grond van grove belediging. Vooralsnog impliceert de aanknoping bij het nationaliteitsbeginsel evenwel dat wordt verwezen naar het nationale getrouwheidsbeginsel. De BIPOO-exceptie kan slechts tussenkomen indien de situatie nauwe banden vertoont met de Belgische rechtsorde.

<sup>9</sup> Zie ook Voorstel van Wet tot hervorming van het echtscheidingsrecht en de invoering van de foutloze echtscheiding, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 30 mei 2000, nr. 684/1, dat de onderhoudsuitkering wil loskoppelen van het schuldoordeel. Het voorstel bevat een bepaling die de Wet-Rolin in dezelfde zin aanpast: art. 44.

<sup>10</sup> De *exceptio plurium concubentium* is niet voldoende als tegenbewijs. De man moet daadwerkelijk bewijzen dat hij niet de genetische vader is van het kind: art. 338bis B.W.

<sup>11</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnrs 49 e.v.

<sup>12</sup> «En mariage trompe qui peut», A. LOISEL, o.c.

<sup>13</sup> Cass. 17 juli 1925, *Pas.* 1925, I, 370; Rb. Brussel 21 maart 1888, *Pas.* 1888, III, 233.

van Cassatie, leert ons bovendien dat aan de getrouwheidsplicht niet langer een overtuigende rol wordt toegedicht in het licht van de verwerping van polygame huwelijken<sup>14</sup>. De Franse rechtbank van Lille<sup>15</sup> heeft in 1999 in het kader van een echtscheiding met onderlinge toestemming van twee Franse partners overigens de overeenkomst van de partners gehomologeerd, waarbij ze elkaar voor het verdere verloop van de procedure vrijstelden van de getrouwheidsplicht. We wijzen er evenwel op dat deze laatste uitspraak niet gevolgd wordt door het Franse Hof van Cassatie<sup>16</sup>.

- tenslotte verwijzen we naar de uitgebreide rechtspraak en wettelijke regeling inzake sociale zekerheid<sup>17</sup>.

## B. GLOBALE BEDENKINGEN IN HET LICHT VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

4. In het licht van de *Inlandsbeziehung* wordt - afhankelijk van de vraag of het personeel statuut van de eerste vrouw al dan niet polygamie toestaat - al dan niet rekening gehouden met de situatie van de tweede echtgenote, ongeacht of ze te goeder trouw is, en van haar kinderen. Een dergelijk verschil in behandeling is o.i. niet gerechtvaardigd, noch t.a.v. de kinderen, die ingevolge art. 202 B.W. steeds het voordeel van een putatief huwelijk van hun ouders genieten<sup>18</sup>, noch t.a.v. de tweede echtgenote, indien deze laatste aan de voorwaarden voldoet die worden gesteld met het oog op een putatief huwelijk<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Cass. fr. 20 oktober 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 540, noot Y. LEQUETTE, *J.D.I.* 1988, 446, noot A. HUET; Paris 5 april 1990, *D.* 1990, 424, noot D. BOULANGER; Paris 24 september 1998, *Juris data* ([www.jurifrance.com/wjuriidq/doc](http://www.jurifrance.com/wjuriidq/doc)), nr. 024016. L. PALSSON, o.c., 1974, 167; J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, 35. *Contra*: Dijon 10 mei 2000, *Juris data* ([www.jurifrance.com/wjuriidq/doc](http://www.jurifrance.com/wjuriidq/doc)), nr. 130444; TGI Versailles 31 maart 1965, *JDI* 1966, 101.

<sup>15</sup> T.G.I. Lille 26 november 1999, *D.* 2000, 254, noot X. LABBEE ("L'infidélité conventionnelle dans le mariage"). X. LABBEE, *l.c.*, 255, beoordeelt de toelating als een normale evolutie gezien de steeds sterkere *contractualisering* van het huwelijk, o.m. o.i.v. het echtscheidingsrecht. Overspel is niet langer een echtscheidingsgrond, en wordt niet systematisch door de rechter aangenomen als grond tot echtscheiding wegens 'grove belediging'. Mogelijk is het overspel onvoldoende beledigend, o.m. in geval van wederzijds overspel.

<sup>16</sup> Cass. 4 juni 1997, *Dr. fam.* 1997, nr. 176, noot LECUYER: de getrouwheidsplicht duurt voort tot het vonnis tot echtscheiding in kracht van gewijsde is gegaan. In dezelfde zin: CA Montpellier 4 maart 1987, *Juris-Data* 1987, nr. 566; CA Bordeaux 19 november 1996, *D.* 1997, 523, noot T. GARE.

<sup>17</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2, referenties bij randnr. 2.

<sup>18</sup> Dit houdt tevens in dat ze als huwelijkse kinderen worden beschouwd, wat niet alleen van belang is m.b.t. hun eigen recht dat vaak slechts de huwelijkse vaderlijke afstamming toelaat, maar tevens m.b.t. de wetgeving van enkele lidstaten van de Raad van Europa die nog steeds niet is aangepast aan de conclusies van het Marckxarrest (bv. Frankrijk, waar evenwel het huwelijkse statuut van de kinderen uit een polygaam huwelijk is erkend: Parl. Vr. GRIOTTERAY, *J.O. Ass. Nat.* 29 januari 1990, 458, *J.C.P.* 1990, IV, 161).

<sup>19</sup> Deze voorwaarden voor putativiteit worden gesteld door het recht dat de gevolgen van de nietigheid bepaalt, i.e. het recht op grond waarvan tot de nietigheid van het polygame huwelijk is besloten. Bepaalde buitenlandse rechtsstelsels (bv. het Tunesische, Poolse en Joegoslavische recht, cf. *supra*) vereisen niet dat de echtgenoot die het voordeel inroept van goede trouw was.

5. Centraal bij elke evaluatie in het licht van het gelijkheidsbeginsel staat de vraag hoever de vergelijkbaarheid van de situaties moet reiken. Ook *in casu* is de vraag naar de vergelijkbaarheid van de situatie van polygamie waarbij het personeel statuut van de eerste echtgenote polygamie verbiedt en de situatie waar dat niet het geval is, niet eenvoudig te beantwoorden. Menen we dat alle elementen van de rechtsverhouding in overweging moeten worden genomen, *i.e.* ook de situatie van de eerste echtgenote, dan heeft de intensiteit van de aanknoping bij de *lex fori* in het geval de eerste echtgenote Belgische is, of de problematische verhouding met de B.I.P.O.O. van een tweede huwelijk t.a.v. een eerste vrouw wiens personeel statuut polygamie verbiedt, inderdaad tot gevolg dat beide situaties niet vergelijkbaar zijn.

6. Onze rechtsorde geeft in de praktijk voorrang aan de bescherming van de band met het Belgische recht. Voor de afgrenzing van de werking van de BIPOO-exceptie vervult de intensiteit waarmee de situatie aanknoopt bij de interne rechtsorde immers een centrale rol.

7. Nu kan het zijn dat zowel de eerste als de tweede echtgenote leven met de verwachting dat hun huwelijk monogaam is en dat *bona fide* doen, ook al laat hun personeel statuut polygamie toe.

Verblijft de eerste echtgenote reeds langdurig in België, dan kan ze een intense aanknoping van de situatie met de interne rechtsorde invoeren.

Heeft de tweede echtgenote bij de huwelijkssluiting in de waan verkeerd dat haar huwelijk monogaam was, dan is zij, evenals haar kinderen, niet alleen moreel slachtoffer van het bedrog van de polygame man, maar zien ze bovendien hun onderhoud beperkt door de behoeften (en mogelijk grillen) van de eerste/eerdere echtgenote, van wiens bestaan ze niet op de hoogte waren. Zij zijn evenzeer materieel slachtoffer van de situatie<sup>20</sup>. Verblijft de tweede vrouw reeds sinds geruime tijd in België, dan heeft ze mogelijk niet gedacht aan de eventualiteit van een polygaam huwelijk.

8. Omdat o.i. de B.I.P.O.O. een notie is die zich net *kenmerkt* door het maken van afwegingen, waarbij redelijkheid en proportionaliteit een rol moeten spelen, lijkt het ons daarom nuttig om de vraag naar de vergelijkbaarheid van situaties eveneens te benaderen in het licht van het verblijfsstatuut van de betrokkene.

In de volgende titel zullen we dan ook het reeds geformuleerde voorstel motiveren om af te stappen van het onderscheid op grond van nationaliteit en ook in dit verband het criterium 'stabiel verblijf' een doorslaggevende rol te laten spelen. We benoemden deze techniek reeds als "de corrigerende werking van de

<sup>20</sup> Meerdere auteurs verwittigen ervoor dat bij elke beslissing om al dan niet rechtsgevolgen aan het polygame huwelijk te verbinden, rekening moet worden gehouden met de feitelijke situatie en met het feit dat de vrouwen steeds het grootste slachtoffer zijn: o.m. J. DEPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé », in M.C. FOBLETS (ed.), *Familles – islam – Europe*, o.c., 94.

*Inlandsbeziehung*".

9. Dat nu reeds een grotere openheid t.a.v. de kinderen dan t.a.v. de echtgenoten bestaat om gevolgen van een polygaam huwelijk te erkennen, volgt o.i. niet alleen uit art. 202 B.W., maar logischerwijze ook uit het beginsel van de gelijke behandeling van kinderen, ongeacht de wijze van afstamming. De genoemde openheid kan ook worden verklaard als verbonden met het gegeven dat ons recht reeds is vertrouwd met afstammingsrelaties die ruimer gaan dan de sfeer van één enkel gezin.

Ook t.b.v. de echtgenotes kan o.i. best een grotere doorwerking worden verleend aan het gelijkheidsbeginsel.

## **C. VOORSTELLEN IN HET LICHT VAN HET CRITERIUM 'STABIEL VERBLIJF IN BELGIË'**

### **C.1. VOORSTEL INGEVAL VAN STABIEL VERBLIJFSSTATUUT**

#### **C.1.A. INLEIDING**

10. Meerdere van de hierboven geformuleerde bedenkingen geven aan dat we ook in dit verband opteren voor een toepassing van Belgisch recht op vreemdelingen met stabiel verblijf in België<sup>21</sup>. Daarbij wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat een huwelijkssluiting in het buitenland is ingegeven door een frauduleus oogmerk<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Slechts de uitspraken van Luik 26 juni 1975, Brussel 20 oktober 1990 en Rb. Brussel 15 januari 1992 (*cf. supra*, hoofdstuk 2, randnr. 58, waar we er overigens voor opteren om op elke vreemdeling in dit verband Belgisch recht toe te passen, zie ook *ibid.*, randnrs 37-48 en 53 e.v.) geven voldoende elementen weer om te besluiten dat de man reeds stabiel verblijf in België hield alvorens hij het tweede huwelijk was aangegaan.

Van de andere vonnissen en arresten geven enkel Corr. Luik 22 december 1969 en Arbh. Antwerpen 22 oktober 1985 duidelijk het tegendeel aan: beide huwelijken waren telkens in het buitenland gesloten en de man was pas na beide huwelijksluitingen naar België getrokken. Het polygame huwelijk kan hem dus te kwader trouw worden geduid.

In een geval waarbij de polygamie te wijten was aan een niet-erkende verstoting (Corr. Brussel 21 oktober 1986, *T. Vreemd.* 1986, afl. 40, 41: geen strafbaarstelling wegens overspel aangezien de man in toepassing van zijn familierecht rechtsgeldig was gehuwd) kan de eerste Marokkaanse vrouw o.i. slechts zijn beledigd door haar Marokkaanse echtgenoot mits beiden op het ogenblik van de verstoting reeds stabiel in België verbleven. De vrouw kan immers slechts zijn beledigd wegens overspel, mits de Belgische rechtsorde nooit zou kunnen aanvaarden dat de verstoting in Marokko geldig zou zijn. Dat laatste kan naar ons voorstel slechts indien ze hier reeds op stabiele wijze verbleef. Een weigering om de verstoting te erkennen zou weliswaar ook voortvloeien uit het loutere stabiele verblijf van de man (de verstoting zou als kwade trouw worden beschouwd). In dat geval evenwel zou de vrouw niet beledigd kunnen zijn, noch door de verstoting, noch door de polygamie, aangezien ze zelf nog steeds onder toepassing van het Marokkaanse recht zou vallen.

De andere vonnissen en arresten geven te weinig informatie om te kunnen oordelen over de uitspraak a.h.v. het criterium 'stabiel verblijfsstatuut'.

<sup>22</sup> Zie bv. TGI Versailles 31 maart 1965, *JDI* 1966, 101: een echtscheiding op grond van grove



Binnen de huidige stand van de I.P.R.-regeling kan dergelijke fraude niet zonder meer worden vermoed, aangezien de betrokkene volledig in overeenstemming handelt met zijn personeel statuut en er dus geen Belgische wet is die hij zou kunnen overtreden. In ons voorstel zou worden afgestapt van de automatische aanknoping bij het nationale recht en zou het vermoeden van fraude spelen zodra iemand die een stabiel verblijf in België heeft toch nog voordelen zoekt te halen uit het nationaal recht van zijn personeel statuut.

Een uitzondering maken we evenwel voor de Belg of vreemdeling met stabiele verblijfspositie die zich in een situatie van ongewenste polygamie bevindt<sup>23</sup>. Het betreft de hypothese van een man die een eerste huwelijk in het buitenland heeft ontbonden, er vervolgens te goeder trouw opnieuw is gehuwd en achteraf, mede als gevolg van een rechterlijke weigering om de ontbinding van het eerste huwelijk te erkennen, ervan wordt beticht polygaam te zijn gehuwd. Kan hij aantonen dat hij zich ten gevolge van de ontbinding van zijn eerste huwelijk geheel conform zijn personeel statuut en zonder fraude m.b.t. de bevoegdheidsregels heeft gedragen, dan menen we dat hem bij de nietigverklaring van het tweede, zogenaamd polygame huwelijk het voordeel van een putatief huwelijk kan worden verleend. Vooralsnog wordt dat voordeel slechts verleend aan zijn tweede echtgenote te goeder trouw<sup>24</sup>.

11. Vreemdelingen zonder stabiele verblijfspositie die te goeder trouw zijn kunnen ook in deze hypothese best bepaalde gevolgen van het polygame huwelijk worden gegund of het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend.

### C.1.B. VERFIJNING VAN DE INLANDSBEZIEHUNG

12. Bepaalde rechtspraak<sup>25</sup> blijkt nu reeds in zekere mate de door ons voorgestelde piste te bewandelen en steunt zich impliciet op de *Inlandsbeziehung* door de banden van een bepaalde verhouding of situatie met het *forum* en/of het belang van afwezigheid van frauduleus oogmerk te

---

belediging werd toegewezen aan de eerste Algerijnse echtgenote die met haar Algerijnse echtgenoot was gehuwd op een ogenblik waarop beiden reeds lange tijd in Frankrijk verbleven. Het feit dat de man voor zijn tweede huwelijk tijdelijk naar Algerije terug was gekeerd, bracht de rechter er tevens toe te besluiten tot *fraude à la loi*. Het gekende pleidooi om een doorslaggevende rol toe te kennen aan de verblijfspositie van de betrokkenen, vnl. dan m.b.t. de eerste echtgenote, vinden we terug bij o.m. M.C. FOGLETS, "Un droit pour ou par ses destinataires? Les complexités du rattachement juridique de l'alliance matrimoniale entre partenaires immigrés", in M.C. FOGLETS (1996), 143; M.C. FOGLETS, "Recht en migranten, fricties tussen gelijkheid en verscheidenheid", in K. DEFYTER, K., M.C. FOGLETS en B. HUBEAU (eds), *Migratie- en migrantenrecht*, Antwerpen, 1995, 32-34.

<sup>23</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnr. 19, voetnoot 67 en randnr. 29.

<sup>24</sup> Gezien de principes waarop de uitspraken ter zake zijn gesteund, lijkt evenwel ook de man zijn goede trouw te kunnen bewijzen: Cass. 8 maart 1963, *Pas.* 1963, I, 754; Brussel 8 oktober 1963, *J.T.* 1963, 694.

<sup>25</sup> Impliciet: Rb. Brussel 20 november 1990, *J.T.* 1991, 283, noot X., *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOGLETS; Rb. Brussel 29 december 1987, *Rev. dr. étr.* 1988, 151; Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42, noot F.B. Zie ook TGI Versailles 31 maart 1965, *JDI* 1966, 101.

beklemtone. Wegens de nauwe band met de interne rechtsorde kan de rechter besluiten tot toepassing van de *lex fori*<sup>26</sup>. Dergelijke mogelijkheid doet zich o.i. niet enkel voor in geval de eerste echtgenote de nationaliteit van het forum heeft<sup>27</sup>, of indien ze een personeel statuut heeft dat monogamie gebiedt<sup>28</sup>, maar eveneens indien het verblijf van de man naar Belgische normen stabiliteit vertoont<sup>29</sup>. Franse rechtspraak verwees reeds meermaals naar de gerechtvaardigde verwachting van een monogaam huwelijk, in geval één van beide partners die verwachting steunde op de stabiele situering van de voorliggende situatie in Frankrijk. Zo besloot de rechter van Versailles dat een Algerijnse vrouw die reeds sinds haar jeugd in Frankrijk was gevestigd en er was gehuwd met een Algerijn die zelf reeds meerdere jaren in Frankrijk verbleef, 'est fondée à considérer cette union comme régie par la loi française'<sup>30</sup>.

**13.** Anderzijds heeft het Franse hof van Cassatie in een zaak waar beide partners de Franse nationaliteit hadden - de man had weliswaar na verloop van tijd de Algerijnse nationaliteit aangenomen -, waarbij het huwelijk in Frankrijk was gesloten en zich daar zonder onderbreking had afgespeeld, toegelaten dat beide echtgenotes zich als weduwe inschreven in het overlijdensregister van de burgerlijke stand. Het Hof steunde deze toelating op de vaststelling dat op de dag van het overlijden twee geldige niet-ontbonden huwelijken bestonden. *In casu* had de man gedurende zijn eerste huwelijk overigens niet steeds een personeel statuut gehad dat polygamie toelaat. Toch oordeelde het Hof dat de man geen fraude had gepleegd door polygaam te worden na zijn eerste huwelijk. De latere

<sup>26</sup> In het omgekeerde geval moet de verzachte werking van de exceptie van openbare orde spelen: A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme", in E.M. MEIJERS INSTITUUT (ed.), *Sociale cohesie en het recht*, Vermande, E.M. MEIJERS Instituut, 1998, 134. Reeds toegepast in: Brussel 26 oktober 1983, *T. Vreemd.*, afl. 36-37, 29 (*in casu* hadden alle betrokkenen de Marokkaanse nationaliteit). In Rb. Brussel 15 januari 1992, *Pas.* 1992, III, 42, noot F.B., eveneens tussen Marokkanen onderling, werd toch een zekere band vastgesteld, ten gevolge waarvan werd nagegaan of zich geen fraude had voorgedaan.

<sup>27</sup> Rb. Brussel 20 november 1990, *J.T.* 1991, 283, noot (*in casu* werd met de weigering om de geldigheid van het polygame huwelijk te erkennen, de vordering tot het bekomen van onderhoudsgeld voor de kinderen van dit tweede huwelijk afgewezen. Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnr. 78, bekritisering van dit vonnis, dat ingaat tegen het recht op het voordeel van de putativiteit voor de kinderen). Zie o.m. P. LAGARDE, "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 266.

<sup>28</sup> Rb. Brussel 20 november 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOGLETS; F. RIGAUX, *Droit international privé. tome II*, nr. 940; G. VAN HECKE en F. RIGAUX, "Chronique de jurisprudence", *R.C.J.B.* 1976, 229-230; Cass. fr. 28 januari 1956, *R.C.D.I.P.* 1958, 110; Cass. fr. 3 januari 1980, *R.T.D.C.* 1981, 153 (erfrecht tweede echtgenote en kinderen).

<sup>29</sup> In dezelfde zin pleidooi J. DEPREZ, noot onder Cass. fr. 8 maart 1990, *R.C.D.I.P.* 1991, 709, die stelt: "On a le sentiment (...) que la théorie de l'ordre public atténué est comme détournée de sa fonction habituelle, en vertu de l'idée simple qu'on ne saurait échapper totalement à la société où l'on vit et que l'immigré est censé être dans l'antichambre de l'intégration". DEPREZ pleit vervolgens voor een aanknoping bij de wet van 'le pays d'établissement', waarmee hij - zoals later in de noot blijkt - de domiciliewet blijkt te bedoelen.

<sup>30</sup> T.G.I. Versailles, 31 maart 1965, *J.D.I.* 1966, 97, noot A.P., *Gaz. Pal.* 1965, 2, 278, noot PIGNIER.

verwerving van de Algerijnse nationaliteit had hem in die mogelijkheid gesteld. Ondanks haar mogelijke verwachting ten tijde van de sluiting van haar huwelijk, bekwam de eerste echtgenote niet dat de tweede weduwe uit het register werd geschrapt<sup>31</sup>.

In een latere zaak nochtans heeft de Franse nationaliteit van de eerste echtgenote wél een bepalende rol gespeeld in de weigering door de rechter om het polygame huwelijk enig rechtsgevolg te laten ressorteren. *In casu* betrof het weliswaar polygamie in hoofde van een Algerijnse man die op het ogenblik van de huwelijksluiting nog de Franse nationaliteit had bezeten<sup>32</sup>.

14. In de lijn van de eerstgenoemde rechtspraak pleiten we ervoor om in België systematisch te besluiten tot een onweerlegbaar vermoeden van kwade trouw in hoofde van de polygame man, indien hij een polygaam huwelijk aangaat in de loop van zijn stabiele verblijf in België<sup>33</sup>. Ook al kunnen we zelden sluitend aantonen dat de man in kennis van het verbod dat geldt naar intern Belgisch recht de tweede huwelijksluiting in het buitenland heeft laten plaatsvinden, we menen dat er voldoende grond is om kwade trouw te veronderstellen. Gezien de sterke band met België vermoeden we namelijk een voldoende integratie in de interne rechtsorde om het adagium '*nemo censetur ignorare legem*'<sup>34</sup> op de betrokkene van toepassing te laten zijn.

15. Dergelijke koppeling van inburgering aan een monogaam statuut komt terug in meerdere geschriften en parlementaire voorbereidingen<sup>35</sup> inzake

<sup>31</sup> Cass. fr. 17 februari 1982, *J.D.I.* 1983, 606, noot P. KAHN. KAHN verwijst in zijn noot naar de rol die het adagium '*en mariage trompe qui peut*' in dit verband vervult.

<sup>32</sup> Cass. 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 71, noot Y. LEQUETTE, *JDI Clunet* 1989, 63, noot F. MONEGER.

<sup>33</sup> Volgens de normen die we daartoe in de derde toegangspoort hebben uitgewerkt. Zie reeds pleidooi voor *Inlandsbeziehung* op grond van verblijf: M.L. NIBOYET, noot onder Cass. 8 december 1987 en 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 737: "l'intégration du couple dans la communauté française contredit en effet le postulat d'indifférence qui sous-tend la théorie de l'effet atténué de l'ordre public". Zie ook H. GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", *R.C.A.D.I.* 1991, 239 en 270: "dès que les personnes vivent durablement en France, l'ordre public est concerné de la même façon que la seconde union soit célébrée en France ou à l'étranger".

<sup>34</sup> Dit adagium is zowel van toepassing inzake strafrecht, als m.b.t. andere wetten van openbare orde: H. DE PAGE, *tome VII*, nr. 1299: "La règle que nul n'est censé d'ignorer la loi a simplement pour but d'empêcher que l'on ne se retranche derrière son ignorance pour échapper à l'application de lois d'ordre public, principalement des lois pénales". Of de strafbaarstelling van bigamie (art. 391 Sw.) van toepassing is op gevallen van polygamie wordt betwist: B. BOURDELOIS. Bestrafing van een Algerijn die reeds in Frankrijk was gehuwd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand en t.a.v. wie tot kwade trouw werd besloten n.a.v. het feit dat uit de eerste huwelijksluiting een impliciete optie voor monogamie was 'gebleken': T.G.I. Paris 8 april 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 73, noot Y. LEQUETTE (voorstel tot dergelijke bescherming van de eerste echtgenote op grond van de kenmerken van het eerste huwelijk: P. MAYER, *Droit international privé*, nr. 545; I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, nr. 198; J.M. BISCHOFF, "Le mariage polygamique en droit international privé", *Trav. com. fr. dr. int. pr.* 1980-81, II, 91).

<sup>35</sup> Nederlandse Minister van Justitie en R.v.St. Ndl. 10 november 1993, *R.V.* 1993, 49 en *N.I.P.R.* 1994, 412. Frankrijk: parl. Vr. J.O. Sénat 5 april 1990, p. 726, *J.C.P.* 1990, IV, 182: polygamie

nationaliteitsrecht<sup>36</sup>. O.m. naar Nederlands en Frans nationaliteitsrecht wordt aan polygaam gehuwden de toegang tot de nationaliteit ontzegd<sup>37</sup>. Dit kan o.i. aanvaardbaar zijn in zoverre slechts rekening wordt gehouden met de staat van de persoon voor zover hij is gewijzigd nadat de betrokkene aan de integratievereisten had moeten voldoen. Hiermee bedoelen we dat het niet gerechtvaardigd zou zijn een polygame man, wil hij de Belgische nationaliteit verwerven, te dwingen afstand te doen van alle gevolgen van het polygame huwelijk, als hij dat huwelijk reeds was aangegaan alvorens zijn verblijf in België als stabiel kon worden bestempeld<sup>38</sup>. De gevolgen van een polygaam huwelijk zijn bovendien minstens evenzeer ingesteld ter bescherming van de tweede echtgenote en de kinderen. T.a.v. hen zou het des te meer ongerechtvaardigd zijn de man er indirect toe te dwingen om eenzijdig te beslissen of hij bereid is om elk gevolg van de polygamie te laten varen.

**16.** Deze vraag van de onderlinge verhouding nationaliteit – personeel recht – polygamie rijst niet alleen op het niveau van de voorwaarden tot *verwerving* van de nationaliteit. Ook na de verwerving rijst vervolgens de vraag welke invloed de verworven nationaliteit heeft op een desgevallend bestaand polygaam huwelijk en op de mogelijkheid om polygaam te huwen. Een verwerving van de Belgische nationaliteit kan niet retro-actief werken en heeft geen invloed op vroegere gebeurtenissen, zoals een eerder aangegaan polygaam huwelijk<sup>39</sup>. Deze afwijking door het nationaliteitsrecht van het gemeenrechtelijke overgangsrecht is

---

kan op zich reeds wijzen op onvoldoende assimilatie, zoals vereist door art. 31 C. Nationalité: “assimilation aux mœurs et aux usages de la France”; C.E. fr. 18 juni 1997, *aangeh.* in D.L., “Polygamie: ne pas se tromper de combat!”, *Plein droit* 1997, afl. 36-37, 52-54: een vreemdeling die een polygaam gezinsleven leidt, heeft geen recht op een automatische vernieuwing van zijn verblijfstitel; F. MONEGER, “La polygamie en questions”, *J.C.P.* 1990, 3460.

<sup>36</sup> Hierover ook: L. JORDENS-COTRAN, “Instemming met de verstoting, naturalisatie en de erkenning van Marokkaanse verstotingen: artikel 3 of 2 WCE?”, *F.J.R.* 1995, 146-151.

<sup>37</sup> Cf. *infra*, hoofdstuk 5.

<sup>38</sup> In algemenere zin, zonder de stelling te verengen tot de hypothese van mannen zonder stabiel verblijf, stelt Vonken dat het strijdig zou zijn met het E.V.R.M. (art. 12) om de man tot een echtscheiding te dwingen alvorens hem tot de naturalisatie toe te laten: A.P.M.J. VONKEN, “De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme”, in E.M. MEIJERS INSTITUUT (ed.), *Sociale cohesie en het recht*, Vermande, E.M. MEIJERS Instituut, 1998, 137-138.

<sup>39</sup> Brussel 27 juni 1988, *T.Vreemd.* 1988, afl. 51, 25. Zie ook in Frankrijk: Tb. Versailles 2 februari 1960, *J.C.P.* 1960, II, nr. 11.625 (tweede zaak Chemouni: toekenning van onderhoudsgeld aan de tweede vrouw op grond van het voormalige Tunesische personele statuut van de intussen tot Fransman genaturaliseerde echtgenoot; en andere verwijzingen, opgenomen in B. BOURDELOIS, o.c., 111. Ook naar Spaans recht impliceert de verwerving van de Spaanse nationaliteit dat de polygame man verder elk van zijn vrouwen moet behandelen alsof hij slechts een echtgenote had: G. KEGEL en K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, München, C.H. Beck, 2000, 313. Het heeft wel zonder uitzondering gevolg voor de toekomst: Paris 14 december 2000, *Juris Data* ([www.jurifrance.com/wjuridic/doc](http://www.jurifrance.com/wjuridic/doc)), nr. 131637, besloot tot kwade trouw in hoofde van de man die aanhaalde niet op de hoogte te zijn van het feit dat hem op het ogenblik van het huwelijk reeds de Franse nationaliteit was toegekend op grond van geboorte in Frankrijk en verblijf sinds zijn meerderjarigheid, en die tevens rechtsdwaling inriep (geen kennis van het Franse polygamieverbod). Het Hof steunde zijn uitspraak mede op het feit dat ook zijn vorige verblijfplaatsen Frans recht op hem hadden toegepast. Het voordeel van putatief huwelijk werd hem geweigerd.

niet alleen logisch, maar tevens wenselijk omdat op die wijze het probleem wordt vermeden dat een rechtsstelsel de rechtsgevolgen moet bepalen van een rechtsverhouding die het weigert te erkennen. Bedoeld zijn slechts de gevolgen die reeds zijn ontstaan, m.a.w. de reeds verworven rechten en plichten<sup>40</sup>. De partners kunnen geen nieuwe rechtshandelingen en -gevolgen in het leven roepen die op polygamie betrekking hebben. Voor het verleden blijven de gevolgen van het polygame huwelijk evenwel erkenbaar, voor zover ze de openbare orde niet stuiten en de verzoeker bij de huwelijkssluiting van goede trouw was<sup>41</sup>.

17. Omgekeerd is het minder evident dat een man met oorspronkelijk monogaam personeel statuut, door de loutere verwerving van een vreemde nationaliteit waarbij het personele recht wel polygamie toelaat, voortaan een polygaam huwelijk mag sluiten. BOURDELOIS reikt met haar voorstel tot aanvullende aanknoping een betere oplossing aan: opdat een persoon met loutere mogelijkheid tot monogamie zijn statuut zou kunnen converteren in een potentieel polygaam huwelijksstatuut, moeten twee voorwaarden vervuld zijn: zijn nieuwe personeel statuut moet polygamie toelaten én de feitelijke omstandigheden waarin hij zich bevindt mogen de keuze voor een polygaam huwelijk niet impliciet hebben uitgesloten. Ter beoordeling van de laatste voorwaarde wordt de rechtssituatie van de man territoriaal gelokaliseerd<sup>42</sup>. Er wordt nagegaan met welke rechtsorde zijn situatie de nauwste aanknopingspunten vertoont. Ingeval van stabiel verblijf in België zou een polygame huwelijkssluiting met deze techniek worden uitgesloten. Hetzelfde zou gelden wanneer de eerste echtgenote gezien de feitelijke omstandigheden, bv. huwelijkssluiting en vestiging in een land dat polygamie niet toelaat, de verwachting had van een blijvend monogaam huwelijk.

Vandaag houdt het unilaterale karakter van de huidige verwijzingsregel nog het risico in dat een man met monogaam personeel statuut, bij verwerving van een nationaliteit waarbij het personeel statuut polygamie toelaat, zijn eerste echtgenote verrast door een polygaam huwelijk aan te gaan, volledig tegen haar vooruitzichten bij de eerste huwelijkssluiting in. De rechtbank van Seine daarentegen heeft reeds geoordeeld, in de lijn van het voorstel-Bourdellois, waarbij we aansluiten, dat de eerste echtgenote van een man die bij de eerste

<sup>40</sup> Op dezelfde manier als waar in eerste instantie wordt gepleit voor de erkenning van de gevolgen van een in het buitenland rechtsgeldig aangegaan polygaam huwelijk.

<sup>41</sup> B. BOURDELOIS, *doct.*, 131. Het beste voorbeeld ter zake vormt nog steeds het Franse Chemouni-arrest (Cass. fr. 19 februari 1963, *R.C.D.I.P.* 1963, 559, noot G.H. en *J.D.I.* 1963, 986, noot A. PONSARD, waarbij een Tunesische man zijn na het tweede huwelijk verworven Franse nationaliteit inriep om op grond van de Franse wet de nietigheid van dat tweede huwelijk te bekomen, en zo te ontsnappen aan de onderhoudsvordering die de tweede vrouw had ingesteld. Cassatie erkende het geldige voortbestaan van het polygame huwelijk, ook na de naturalisatie van de man).

Een gelijkaardig probleem rijst inzake de verwerving van een vestigingstitel of zelfs de verlenging van de verblijfstitel. In Frankrijk is zulks sinds de wet Pasqua niet langer evident zolang het polygame huwelijk blijft voortbestaan.

<sup>42</sup> B. BOURDELOIS (1993), 135.

huwelijksluiting slechts de Italiaanse nationaliteit had, voldoende redenen had om te menen dat het huwelijk monogaam was en zou blijven<sup>43</sup>.

Is er reeds een eerste huwelijk met een vrouw van wie het personeel statuut slechts monogame huwelijken toelaat, dan menen we dat de mogelijkheid van polygamie, die is ontstaan door een latere nationaliteitswijziging in hoofde van de man, best onwerkzaam wordt gemaakt, minstens zolang het eerste huwelijk bestaat<sup>44</sup>. De rede laat niet toe dat de man zich eenzijdig onttrekt aan de verplichtingen die volgen uit zijn eerste huwelijk, verplichtingen waarop de eerste echtgenote terecht kon vertrouwen<sup>45</sup>.

Of de rechtspraak vandaag reeds unaniem in deze zin zou oordelen, is niet zeker.

**18.** We hebben voorgesteld om vanaf zijn verwerving van een stabiele verblijfpositie zonder meer kwade trouw aan te nemen in hoofde van de polygame man. Dit uitgangspunt heeft als gevolg dat het genoemde voorstel om een overgangsregeling in te stellen zich beperkt tot de hypothese dat de nieuwe nationaliteit wordt verworven op een ogenblik dat de man nog niet op stabiele wijze in België verblijft. Laat de nieuwe nationaliteit polygamie toe i.t.t. de eerste nationaliteit, dan weegt de stabiele verblijfpositie niettemin door. Dit volgt *a fortiori* uit ons voorstel om ook van mannen wier personeel statuut steeds polygamie heeft toegestaan, te vereisen dat ze na de verwerving van een stabiele verblijfpositie niet langer een polygaam huwelijk aangaan.

Verwerft een nog ongehuwde man na kort verblijf een nieuwe nationaliteit en laat zijn nieuw personeel statuut polygamie toe, dan moet daarmee rekening worden gehouden zolang hij geen stabiele verblijfpositie in België heeft. Is hij op het ogenblik van de nieuwe nationaliteitsverwerving wél reeds gehuwd, dan wijst de lokalisatie van zijn eerste huwelijk uit of rekening kan worden gehouden met zijn belangen, of integendeel de verwachtingen van de eerste echtgenote dat het huwelijk monogaam zou blijven, primeren.

Dit voorstel vertoont overeenkomsten met de overgangsregeling die het I.P.R. toepast op vluchtelingen. Vanaf hun erkenning zien vluchtelingen de Belgische

<sup>43</sup> T.G.I. Seine 12 november 1965, *R.C.D.I.P.* 1966, 624, noot DECROUX, *J.D.I.* 1966, 858, noot B.G.

<sup>44</sup> B. BOURDELOIS, o.c., 132.

<sup>45</sup> Zie o.m. Cass. 12 juni 1941, *Pas.* 1941, I, 217: 'aucun d'eux ne peut se soustraire à leur emprise par un acte de sa seule volonté tel que l'acquisition ou le recouvrement d'une nationalité différente'; T.G.I. Seine 12 november 1965, *J.D.I. Clunet* 1966, 858, noot B. GOLDMAN, *R.C.D.I.P.* 1966, 624, kritische noot DECROUX: de eerste echtgenote had zich kunnen verwachten aan een monogaam huwelijk en bekomt echtscheiding op grond van overspel. Haar echtgenoot kan niet 'priver sa première épouse du bénéfice de cette union monogamique'. Zie ook T.G.I. Versailles 31 maart 1965, *J.D.I. Clunet* 1966, 97, noot PONSARD: echtscheiding op grond van grove belediging: de man kan niet 'se soustraire unilatéralement aux obligations découlant pour lui de son précédent statut'; B. BOURDELOIS, o.c., 116-117, verwijst tevens naar E. BARTIN en J.P. NIBOYET.

wet op zich toegepast. Ze behouden evenwel alle elementen die ze inzake de staat van de persoon hebben verworven onder hun vroeger personeel statuut, tot op het ogenblik van hun erkenning, ook al zijn wijzigingen in de staat opgetreden tijdens hun verblijf in België. Dat laatste getuigt ervan dat de aanknopingsregeling soepel is. Een erkenning als vluchteling is immers declaratief en werkt voor alle andere rechtsgevolgen terug tot op het ogenblik van de aanvraag om als vluchteling te worden erkend. Wat het I.P.R. betreft gelden de rechtsgevolgen van de erkenning daarentegen slechts voor de toekomst.

### C.1.C. IMPLICIETE ASSIMILATIE VAN HET VOORSTEL BOURDELOIS

19. Het voorstel ligt in dezelfde lijn als het oplossingssysteem dat B. BOURDELOIS in haar proefschrift heeft uitgewerkt<sup>46</sup>. Het voorstel van BOURDELOIS bestaat erin de toelating tot polygamie te onderwerpen aan twee opeenvolgende aanknopingen. Vooreerst wordt, in toepassing van de huidige verwijzingsregel, vereist dat de personele wet van de man polygamie toelaat. Hiermee wordt evenwel louter nagegaan of de man de bekwaamheid heeft om polygaam te huwen<sup>47</sup>. In tweede instantie wordt het eerste huwelijk gelokaliseerd. Deze lokalisatie houdt in dat men nagaat of dat eerste huwelijk niet door een samenloop van elementen de verwachting incorporeerde dat de man geen tweede, polygaam huwelijk zou aangaan, hoewel zijn statuut dat wel toelaat. Dergelijke kwalificatie van het eerste huwelijk als definitief monogaam huwelijk gebeurt a.h.v. criteria als nationaliteit – m.n. het personele statuut van beide echtgenoten in het tweede of latere huwelijk<sup>48</sup> en het personele statuut van de eerste vrouw<sup>49</sup> –, de gemeenschappelijke verblijfplaats<sup>50</sup>, de plaats van

<sup>46</sup> B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly, 1993, 398 p.

<sup>47</sup> Cf. het Engelse systeem: L. COLLINS, A.V. DICEY en J.H.C. MORRIS, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, London, Sweet and Maxwell, 2000, 693-714.

<sup>48</sup> Hebben beiden een personeel statuut dat polygamie toelaat, dan kan geen conflict optreden, en is polygamie steeds mogelijk, tenzij de partners expliciet een monogamieclausule hebben gesloten: B. BOURDELOIS, o.c. Naar ons voorstel zal zelfs in dat geval een vermoede integratie tot gevolg hebben dat een polygaam huwelijk niet wordt erkend.

<sup>49</sup> Laat haar personeel statuut geen polygamie toe, dan kan dat meewegen in de weigering om het polygame huwelijk te erkennen. Blijkt evenwel uit de omstandigheden waarin het eerste huwelijk wordt beleefd dat de eerste vrouw zich impliciet bij de mogelijkheid van een polygaam huwelijk neerlegt (dagelijks leven in het land van oorsprong van haar echtgenoot, integratie in de cultuur en intentie om daar te blijven wonen), dan kan aan haar oorspronkelijke personele statuut minder waarde worden toegekend: B. BOURDELOIS, o.c., 92. Deze wil blijkt bovendien expliciet in geval de vrouw een nationaliteit aanneemt waarvan de rechtsorde polygamie toelaat. Uit de verwerving van de vreemde nationaliteit kan men het vermoeden afleiden dat de betrokkene de rechtsinstellingen van het ontvangstland aanvaardt: M. FAHMY, *Le conflit mobile de lois en droit international privé*, Paris, 1951, 15-17, 95 e.v. en 128. Ons voorstel om in geval van stabiele migratie aan te knopen bij de Belgische rechtsorde gaat hierin verder en neemt niet de wil van de partijen, maar het integratieconcept van het land van verblijf (België) in rekening.

<sup>50</sup> De gemeenschappelijke woonplaats vóór de huwelijksluiting kan in overweging worden genomen, omdat het aannemelijk is dat beide partners met gelijkaardige verwachtingen zijn gehuwd. Verbleven de betrokkenen daar evenwel nog niet allebei stabiel, dan is dat reeds minder evident, zeker indien de partners zich na de huwelijksluiting elders zijn gaan vestigen. De gemeenschappelijke verblijfplaats na huwelijksluiting daarentegen kan een sterke aanwijzing van de verwachtingen van de partners vormen. (BOURDELOIS, o.c., 96 en 103, vindt steun bij J.

huwelijksluiting<sup>51</sup> en de bepalingen in het huwelijkscontract<sup>52</sup>. Al deze gegevens worden samengelegd en tegen elkaar afgewogen om te besluiten of er al dan niet een redelijke verwachting was van definitieve monogamie.

Ook als dat niet het geval is, m.a.w. als de verwachting van de eerste echtgenote dat het huwelijk monogaam zou blijven niet de doorslag zou krijgen, zou polygamie alsnog kunnen worden afgewezen als zowel de personele wet van de eerste echtgenote als de wet van de Staat van gemeenschappelijke domicilie van de echtgenoten tot monogamie verplicht, of als het huwelijkscontract een monogamieclausule bevat<sup>53</sup>.

Zijn er onvoldoende aanwijzingen om een betrouwbare lokalisatie te maken, dan stelt BOURDELOIS voor om de *lex loci celebrationis* toe te passen<sup>54</sup>.

**20.** Op het vlak van de gevolgen van het polygame huwelijk zouden aldus

---

DEPREZ, noot onder Cass. fr. 8 maart 1990, *R.C.D.I.P.* 1991, 709, die het een *facteur d'intégration essentiel* noemt die de man verbiedt zijn 'recht' op polygamie uit te oefenen. Sommige auteurs stellen dit criterium bovendien als nieuwe verwijzingsregel voor: I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé (le domaine de la loi applicable aux effets du mariage)*, Paris, Dalloz, 1977, nr. 198 en P. MAYER, *Droit International Privé*, Paris, Montchrestien, 1991, nr. 545.

<sup>51</sup> Huwt een vrouw met monogaam statuut voor een instantie van een land dat polygamie toelaat, dan kan men evenwel slechts licht vermoeden dat ze zich schikt naar het personeel statuut van haar man (B. BOURDELOIS, o.c., 99). Steeds moet men daarbij nagaan of het personele statuut van één van de betrokkenen hen er mogelijk toe heeft verplicht de huwelijksluiting op een welbepaalde plaats te laten plaatsvinden. In dat geval hadden de betrokkenen geen echte keuze en kan evenmin van een bewust gewekte verwachting worden gesproken. Een dubbele – burgerlijke en vervolgens religieuze – huwelijksluiting daarentegen biedt een sterkere aanwijzing gezien het onbetwistbaar vrijwillige karakter daarvan.

<sup>52</sup> Vb. bepalingen inzake verstoting kunnen het vermoeden wekken dat de partners hebben gekozen voor een mogelijk polygaam statuut van de man. In vele landen is verstoting evenwel de enige wijze om het huwelijk te ontbinden, of het huwelijk nu monogaam, of polygaam is. De waarde van dit gegeven moet dus evenzeer gerelativeerd worden: B. BOURDELOIS, o.c., 99-100.

<sup>53</sup> B. BOURDELOIS, o.c., 102. Kritiek in die zin dat de voorgestelde introductie van het wilselement (m.n. door de factoren 'plaats van huwelijksluiting' en 'domicilie' een rol te laten spelen en door de monogamieclausule te laten primeren, ook op een desgevallend onbepaalde toelating van polygamie door het personele statuut) lijnrecht zou staan tegenover de realiteit dat met de wil van de betrokken vrouwen geen rekening wordt gehouden, is o.i. misplaatst. Dergelijke houding veroordeelt elke verschijningsvorm van polygamie en is o.i. onhoudbaar. We wezen reeds op de bestaande openheid t.a.v. de eigen feitelijke polygamie. Bovendien wijzigd een weigering om (gevolgen van) polygamie juridisch te erkennen de feiten nog niet en leidt het slechts tot rechtswegering (zie o.m. J. DEPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé », in M.C. FOLETS (1996), 94; P. BOUREL, "Préface", in B. BOURDELOIS, o.c., V; J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations: aspects méthodologiques", *Rec. Cours La Haye* 1988, IV, 9, 165-166). De sterkte van de monogamieclausule zou net zijn dat de zwakke sanctionering door meerdere islamlanden wordt 'verholpen' door de clausule in België tot nietigheidsgrond te verheffen. Zie evenwel de kritiek dat de clausule onverenigbaar is met de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon (cf. *supra*, hoofdstuk 2).

<sup>54</sup> B. BOURDELOIS, o.c., 153-158; eveneens voorgesteld door : P. MAYER en H. BATIFFOL, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, reeks Bibliothèque de droit international privé 17, Paris, Dalloz, 1973, 161 en 166.



hinkende rechtsposities worden vermeden, die kunnen ontstaan wanneer in meerdere rechtsordes verschillende rechtsgevolgen van het huwelijk worden gevorderd of ingeroepen/afgedwongen of wanneer het I.P.R. naargelang van het gevorderde rechtsgevolg een ander toepasselijk recht aanwijst<sup>55</sup>.

**21.** Ons voorstel bestaat erin om in eerste instantie te bepleiten dat zoveel mogelijk wordt overgegaan tot nietigverklaring van het polygame huwelijk, in toepassing van Belgisch recht. Vervolgens zou a.h.v. het criterium van de goede trouw worden nagegaan of en aan wie het voordeel van een putatief huwelijk kan worden verleend. Deze 'goede trouw' wordt weliswaar bepaald a.h.v. concrete feiten. We stellen evenwel voor dat bij de beoordeling voorrang zou worden verleend aan de werking van een onweerlegbaar vermoeden, m.n. dat een partij met stabiele verblijfpositie van kwade trouw is. Dat onweerlegbaar vermoeden steunt op het *adagium* '*nemo censetur ignorare legem*'. Elke rechtsonderhorige die een sterke band heeft met de Belgische rechtsorde<sup>56</sup> wordt geacht te weten dat een polygaam huwelijk in België de openbare orde stuit.

Personen t.b.v. wie tot goede trouw wordt besloten, zouden het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend. Bij dodelijk arbeidsongeval van de partner zou de langstlevende een volledige rente kunnen ontvangen. Ook de regeling van het overlevingspensioen en andere socialezekerheidsrechtelijke voordelen die vóór de nietigverklaring van het huwelijk zijn ontstaan, zouden definitief verworven zijn. De langstlevende zou erfgerechtigd zijn mits de nietigverklaring na het overlijden van de polygame erflater heeft plaatsgevonden. Tevens zou overwogen kunnen worden om aan het voordeel van een putatief huwelijk de toekenning van een nieuw recht te koppelen, m.n. het recht op een onderhoudsuitkering voor de tweede en/of verdere echtgenote die op regelmatig wijze in België verblijft.

**22.** Zolang het polygame huwelijk niet wordt nietigverklaard, kunnen alle genoemde regelingen eveneens worden getroffen t.b.v. de partner te goeder trouw. Een nadeel dat evenwel blijft voortbestaan in dat geval is dat het huwelijk als onbestaand wordt beschouwd. Ook al worden bepaalde rechtsgevolgen toegekend, een rechtsgevolg dat rechtstreeks verband houdt met de

<sup>55</sup> B. BOURDELOIS, 137-138, illustreert de problematiek aan de hand van volgend fictief voorbeeld: een Française was in Marokko gehuwd met een polygame Marokkaan. Het koppel was reeds voor het huwelijk gedomicilieerd in Marokko. Ze woonden evenwel feitelijk in Engeland. Voor een Franse rechtbank zal bij een vordering tot onderhoudsgeld over de geldigheid van het huwelijk worden beslist in toepassing van het Engelse recht (het Verdrag van Den Haag van 1973 verwijst naar de wet van de gewoonlijke verblijfplaats van de schuldeiser). Het Engelse I.P.R. wijst evenwel de wet van de voorhuwelijkse domicilie van de schuldeiser aan, *in casu* Marokkaans recht. Het huwelijk wordt door toepassing van deze renvoi geldig bevonden. Komt de man om het leven in een auto-ongeval in Duitsland, dan wordt de schadevergoeding t.l.v. de aansprakelijke bepaald a.h.v. de *lex loci delicti*, i.e. Duits recht. Dat recht gaat uit van het bilaterale karakter van de monogamieverplichting. Het huwelijk is niet geldig... Bourdelois relateert evenwel dat weinig geschillen een dermate internationaal karakter vertonen en dat bovendien de techniek van de renvoi eenheid van oplossing kan bewerkstelligen.

<sup>56</sup> Zoals we hebben uitgewerkt, steunt het oordeel van een sterke band op de stabiliteit van het verblijf, die wordt beoordeeld a.h.v. verblijfs- en nationaliteitsrechtelijke bepalingen.

huwelijkssituatie, m.n. het huwelijksvermogensrecht, zal steeds buiten beschouwing blijven. De tweede of verdere echtgenote kan geen rechten laten gelden op dat vlak. Ze kan wél een onderhoudsgeld vorderen, maar zal haar eigen goederen moeilijk of niet kunnen beschermen tegen opslorping door het huwelijksvermogensstelsel van haar echtgenoot en zijn eerste echtgenote, tenzij ze er de eigendom van kan aantonen. Om die reden menen we dat een systematische nietigverklaring van het polygame huwelijk de rechtspositie van de tweede en verdere echtgenote het best beschermt.

**23.** Het verschil tussen beide oplossingsystemen is dat ons voorstel een *verplichte, algemene* verfijsning van de aanknopng instelt met systematische nietigverklaring van het tweede huwelijk, terwijl het systeem-Bourdellois slechts in werking zou worden gesteld mits de eerste echtgenote nietigverklaring van het polygame huwelijk vordert.

Bovendien sluiten we ons niet aan bij het voorstel tot aanknopng bij de *lex loci celebrationis* ingeval een duidelijke lokalisatie niet lukt<sup>57</sup>. Dergelijke toepassing kan tot vreemde resultaten leiden, zoals een uitspraak van de T.G.I. van Parijs illustreert<sup>58</sup>. N.a.v. een strafvordering wegens bigamie had de rechter impliciet een onderscheid gemaakt tussen de burgerrechtelijke geldigheid van het polygame huwelijk, die zijns inziens niet betwist moest worden aangezien dat huwelijk regelmatig was aangegaan volgens de 'règle coutumière de droit international public (consacrée par la convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires)'<sup>59</sup>, en anderzijds de strafbaarheid van een bigame huwelijkssluiting in Frankrijk, ook als deze op een consulaat plaatsvond.

Als bewijs van het intentionele element, vereist voor de strafbaarstelling van het misdrijf van bigamie, verwees de rechter naar het feit dat de betrokken Algerijn zijn eerste huwelijk met een Libanese was aangegaan voor de ambtenaar van de burgerlijke stand in Frankrijk. Daarmee zou hij een 'impliciete optie voor een strikt monogaam huwelijk' hebben gedaan. Bovendien had hij de consulaire ambtenaar bij de tweede huwelijkssluiting een akte van de burgerlijke stand overhandigd waarop zijn eerste huwelijk niet stond vermeld.

Uit de uitspraak blijkt aldus dat de man geldig in Frankrijk zijn polygame huwelijk was aangegaan, maar dat uit de omstandigheden zijn 'mauvaise foi' kon worden afgeleid. Dit leidde tot het vreemde resultaat dat een burgerrechtelijk geldige rechtshandeling strafrechtelijk werd vervolgd. 'Ter compensatie' voor de ongelukkige situatie besloot de rechter de veroordeling van de man niet in diens

<sup>57</sup> Dat komt in elk geval slechts voor indien de betrokkene nog geen stabiele verblijfsspositie heeft.

<sup>58</sup> T.G.I. Paris 8 april 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 73, noot Y. LEQUETTE, met aanknopng bij zowel de *lex loci celebrationis* als (voornamelijk) de wet toepasselijk op de huwelijksgevolgen (*in casu de lex domicilii*).

<sup>59</sup> De rechter hoefde nochtans geenzins een uitspraak te doen over de geldigheid van het huwelijk opdat de rechtshandeling aanleiding zou kunnen geven tot strafbaarstelling: de bepaling is in de eerste plaats ingesteld om Belgen strafbaar te stellen, terwijl een bigaam huwelijk in hun geval nooit geldig kan worden bevonden.

gerechtelijk dossier in te schrijven, met de doelstelling 'de tenir compte de l'origine et de la religion du prévenu, pour lui faire une application très modérée de la loi'.

**24.** We menen dat het loutere feit dat een huwelijk wordt aangegaan in het land van het *forum* niet kan volstaan om zich te verwachten aan een huwelijksluiting volgens de normen van het *forum*. Dergelijke opvatting zou de huidige tweedeling tussen grondvoorwaarden voor het huwelijk en huwelijkse vormvoorwaarden opheffen. Zoals we reeds aangaven, kan voor ons slechts een stabiele verblijfssituatie de verwachtingen verleggen. Slechts een sterke lokalisatie kan toelaten dat wordt besloten tot een impliciete optie voor monogamie. *In casu* heeft de rechter bovendien zijn motivering dusdanig geconcentreerd op het feit dat de eerste huwelijksluiting in Frankrijk had plaatsgevonden, dat hij daarmee tevens de indruk wekt dat de plaats van de tweede huwelijksluiting niet relevant is. Het lijkt erop dat hij ook een polygame huwelijksluiting in het buitenland zou hebben afgewezen.

## C.2. VOORSTEL INGEVAL VAN NIET-STABIEL VERBLIJFSSTATUUT

**25.** We gaven hierboven reeds aan dat bij nieuwe nationaliteitsverwerving door een man zonder stabiel verblijf die reeds gehuwd is en wiens nieuw personeel statuut i.t.t. voorheen polygamie toelaat, de lokalisatie van zijn eerste huwelijk moet uitwijzen of rekening kan worden gehouden met zijn belangen, of integendeel de verwachtingen van de eerste echtgenote dat het huwelijk monogaam zou blijven, moeten primeren.

Voor deze beoordeling kan worden aangesloten bij het voorstel van B. BOURDELOIS om door toepassing van de *lex matrimonii* van het eerste huwelijk rekening te houden met de verwachtingen die beide echtgenoten redelijkerwijze t.a.v. hun eerste huwelijk hadden kunnen koesteren op het ogenblik van huwelijksluiting<sup>60</sup>. De *lex matrimonii* is hetzij de gemeenschappelijke nationale wet, hetzij de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats. Biedt deze wet geen voldoende bescherming aan de rechten van de eerste echtgenote, dan kan de *lex fori* alsnog worden toegepast na inroeping van de exceptie van internationaal-privaatrechtelijke openbare orde. Met de BIPOO-exceptie zou de rechter m.a.w. een wapen achter de hand houden.

**26.** Inzake huwelijksgevolgen moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de vraag of al dan niet bepaalde gevolgen van het huwelijk kunnen worden erkend en anderzijds de concrete invulling van de huwelijksgevolgen.

De concrete invulling gebeurt a.h.v. de gemeenschappelijke nationale wet of, bij

<sup>60</sup> In dezelfde zin: I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, doct., Paris, Dalloz, 1977, nr. 198; P. MAYER, *Droit international privé*, nr. 530. *Contra*: P. LAGARDE, o.c., 275-276, noemt het voorstel 'inégalitaire' omdat de regeling niet initieel rekening houdt met de nationale wet van de eerste vrouw, maar slechts als aanwijzing, in het kader van de lokalisatie, en omdat ze toelaat dat zij vermoed kan worden te hebben toegestemd in polygamie.

gebreke, de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats. Dat gebeurt vandaag reeds m.b.t. de bepalingen waarrond inzake polygamie de meeste betwistingen rijzen, m.n. de getrouwheidsplicht<sup>61</sup>, het beginsel van gelijkheid van de echtgenoten<sup>62</sup>, de samenwoningsplicht<sup>63</sup>, de bekwaamheid binnen het huwelijk en de plicht tot bijdrage in de lasten van het huwelijk. Op die manier kan aan de huwelijksverplichtingen een invulling worden gegeven die is aangepast aan de omstandigheden waarin het huwelijk is ontstaan. De verplichtingen worden ingevuld en toegepast, zoals ze zijn bedoeld voor het betreffende huwelijk. Het oordeel over de verenigbaarheid van de polygamie met de openbare orde kan hierdoor een mogelijk meer gerechtvaardigde invulling krijgen<sup>64</sup>. Zo heeft de

<sup>61</sup> Zie evenwel: Cass. fr. 20 oktober 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 540, noot Y. LEQUETTE, *J.D.I.* 1988, 446, noot A. HUET: de territoriale werking van art. 212 C.C. betreft niet de getrouwheidsplicht, aangezien die duidelijk is ingesteld voor een monogaam huwelijk en geen toepassing kan vinden op een polygaam huwelijk. In dezelfde zin: Paris 5 april 1990, *D.* 1990, 424, noot D. BOULANGER. Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnr. 27, voor een bespreking. *Contra*: Dijon 10 mei 2000, *Juris data* ([www.jurifrance.com/wjuridic/doc](http://www.jurifrance.com/wjuridic/doc)), nr. 130444: foutechtscheiding op grond van overtreding Franse getrouwheidsplicht door Marokkaanse man.

<sup>62</sup> K. RAES, *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent, Academia Press, 1997.

<sup>63</sup> Hierdoor zou de piste worden verlaten waarbij elk gevolg van het polygame huwelijk wordt geweigerd op grond van de internationaalprivaatrechtelijke openbare orde indien beide echtgenotes op een ander adres wonen (bv. Paris 23 februari 1987, *D.* 1987, somm. 348, noot B. AUDIT). Meerdere rechtsstelsels die polygamie toelaten, staan de polygame man toe zijn meerdere vrouwen in verschillende huizen onder te brengen. Hierbij willen we beklemtonen dat ook naar Belgisch recht de samenwoningsplicht weliswaar nog steeds een burgerrechtelijke verplichting is, maar dat bv. in het gezinsherenigingsrecht t.a.v. partners van EU-onderdanen van bij het begin van de gezinshereniging geen controle wordt uitgevoerd naar het daadwerkelijke verblijf op eenzelfde adres (cf. *supra*, deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnrs 405 e.v.). B. BOURDELOIS (1993), 249, haalt tevens aan dat de notie van openbare orde er ook internrechtelijk blijk van geeft beter overweg te kunnen met verschillende huishoudens, dan met het 'harem'-model (dat laatste model wordt zelf ook niet steeds verworpen: L. PALSSON, o.c., 1981, 205, noot 660, illustreert a.h.v. Duitse rechtspraak dat een vrijwillige samenwoning van de drie partners niet steeds strijdig wordt bevonden met de openbare orde). Zie ook GAMILLSCHEG, "Art. 14 EGBGB", in *Staudingerkomm.*, nr. 166; A. PONSARD, noot onder TGI Versailles 31 maart 1965, *JDI* 1966, 101.

Ook binnen het Belgische huwelijksrecht is voorzien in de regeling van de feitelijke scheiding, die verenigbaar is gebleken met het voortbestaan van het huwelijk.

Toch pleiten we voor een verwijzing naar de *lex matrimonii* en niet voor een algemene vrijstelling van de samenwoningsplicht (dergelijke vrijstelling werd reeds toegekend door TGI Versailles 31 maart 1965, *J.D.I. Clunet* 1966, 97, noot PONSARD en wordt o.m. bepleit door H. BATIFFOL en P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, 1983, nr. 415). Dat laatste zou immers evenzeer als een inroeping van de exceptie van internationaalprivaatrechtelijke openbare orde risico op een hinkende rechtspositie creëren (B. BOURDELOIS, o.c., 248, verwijst naar C.A. Alger 28 juli 1879, *J.D.I.* 180, 395, waar de rechter de polygame man had vrijgesteld van een samenwoningsplicht, en de man slechts had verplicht om in een woning voor de vrouw te voorzien). De doelstellingen ter zake van het recht dat aan de grondslag ligt van de polygame gezinssituatie, moeten worden nageleefd (J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations", o.c., 163).

Bovendien is ooit omgekeerd het ongeoorloofde karakter van een samenwoning van de drie of meer huwelijkspartners opgeworpen, zij het zonder succes: C.E. fr. 11 juli 1980, *R.C.D.I.P.* 1981, 658, noot J.M. BISCHOFF: de verblijfstitel kan op deze grond niet worden geweigerd.

<sup>64</sup> En niet zonder meer een weerspiegeling blijven van het interne recht, zoals bv. de stelling dat de samenwoningsplicht van openbare orde is en dat de partners er elkaar niet van kunnen ontheffen, ook niet wederzijds: Cass. 24 juni 1982, *R.C.J.B.* 1985, 557, noot G. BAETEMAN, ter verbreking van Rb. Mechelen 19 januari 1979, *R.W.* 1979-80, 852; Cass. 1 februari 1989, *J.T.* 1989, 354; Cass. 4 september 1986, *Pas.* 1987, I, 23: overspel is op zich beledigend, tenzij er tegenaanwijzingen voor zouden zijn; Cass. 15 februari 1990, *J.T.* 1990, 216; M.-T. MEULDERS-

getrouwheidsplicht naar Marokkaans recht slechts betrekking op derden t.a.v. de rechtsgeldig gesloten huwelijken<sup>65</sup>.

27. Om vervolgens te bepalen of de door deze wet aangeduide gevolgen in België kunnen worden erkend in geval van polygamie – dit is de vraag die in de voorgaande bespreking steeds voorlag –, hanteren we daarentegen wel steeds initieel een nationaliteitsaanknoping. Dat is vandaag het geval en dat is ook ons voorstel voor een aangepaste regeling.

We gaan m.a.w. eerst a.h.v. de *lex secundi matrimonii*, de wet die de rechtsgevolgen van het polygame huwelijk regelt<sup>66</sup>, na welke rechtsgevolgen naar I.P.R. in beginsel worden verbonden aan het huwelijk. Vervolgens gaan we a.h.v. een toets aan de BIPOO na of die gevolgen in België kunnen worden erkend. Doorstaat het gevorderde gevolg de toetsing niet, dan kan het zich niet realiseren in België. Doorstaat het de toetsing wel, dan wordt in een tweede stap de *lex primi matrimonii*, de wet die de rechtsgevolgen van het eerste huwelijk van de polygame man regelt<sup>67</sup>, geraadpleegd om na te gaan of de doorgang van het rechtsgevolg de belangen van de eerste echtgenote niet tezeer schendt. Dat oordeel gebeurt a.h.v. de verwachtingen die zij redelijkerwijze kon hebben bij een definitief monogaam huwelijk. Hebben beide eerste echtgenoten eenzelfde nationaliteit en laat hun personeel statuut polygamie toe, dan verzet ook deze tweede toets zich niet tegen de erkenning van het gevorderde rechtsgevolg. Hebben beide partijen niet dezelfde nationaliteit en laat de rechtsorde van het land waar ze hun eerste echtelijke verblijfplaats kozen polygamie toe, dan kan het rechtsgevolg eveneens doorgang vinden. Verbiedt de laatstgenoemde wet polygamie wél, dan zal het belang van de eerste echtgenote zich alsnog tegen de realisatie van het huwelijksgevolg verzetten. Dat is ook het geval als haar personeel statuut, dat tot een andere rechtsorde behoort dan dat van haar man<sup>68</sup>, polygamie toelaat.

---

KLEIN, *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999; J. POUSSON-PETIT, *Les concubinages. Approche socio-juridique*, 44; F. RIGAUX en M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Les Personnes, I, Les relations familiales, mise à jour*, 1978, 37; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Brussel, Bruylant, 1966, nr. 36, 55.

<sup>65</sup> Met een beperking tot gevolg van de mogelijkheid om hem te vervolgen wegens overspel en ontucht. Zie hierover tevens in het hoofdstuk 'vormloos huwelijk' een verwijzing naar het probleem van een gewoonterechtelijk of vormloos polygaam huwelijk. Betrapt een vrouw haar man op overspel en verplicht het toepasselijke recht de man niet om zijn eerste echtgenote voorafgaandelijk van zijn polygame huwelijksplannen op de hoogte te brengen, dan kan hij beweren reeds met deze getrouwd te zijn alvorens de betrapping had plaatsgevonden: L. PALSSON, o.c., 1974, 167; J. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 1996, 35.

<sup>66</sup> I.e. de gemeenschappelijke nationale wet of, bij gebreke, de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats van de polygaam gehuwden.

<sup>67</sup> I.e. de gemeenschappelijke nationale wet of, bij gebreke, de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats.

<sup>68</sup> Zoniet hebben beiden eenzelfde nationaliteit, geniet de wet van de gemeenschappelijke nationaliteit voorrang op de wet van de eerste verblijfplaats en kan het rechtsgevolg zich realiseren.

De toetsing aan de *lex matrimonii* vormt bijgevolg slechts een tweede, ondergeschikte toets. Zoniet zou het loutere gegeven dat de eerste echtelijke verblijfplaats van een nationaliteitsgemengd koppel zich situeert in een land waarvan de rechtsorde polygamie toelaat, immers volstaan om bepaalde gevolgen van het polygame huwelijk te erkennen, ongeacht of het personele statuut van de man polygamie toelaat<sup>69</sup>.

28. Ook is het van belang dat het huwelijksbeletsel van polygamie niet gekwalificeerd wordt als een trilateraal beletsel<sup>70</sup>. Er wordt rekening gehouden met de verwachtingen van de eerste vrouw, zonder evenwel haar nationaliteit een doorslaggevende rol te laten spelen.

De nationaliteit van de eerste vrouw zou wél een beslissende rol vervullen bij trilateralisering van het beletsel onder de huidige aanknopingsregel<sup>71</sup>. We menen dat voorstellen in die zin tezeer afwijken van de feitelijke gezinsbeleving en aanleiding zullen geven tot onhoudbare hinkende rechtsposities. Wordt een correctie toegestaan door aan te nemen dat de eerste echtgenote de polygamie expliciet kan aanvaarden<sup>72</sup>, dan zou de huidige verwijzingsregel (aanknopung bij

<sup>69</sup> Y. LEQUETTE, noot onder Cass. 17 februari 1982, *R.C.D.I.P.* 1983, 277.

<sup>70</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnr. 3.

<sup>71</sup> Voorstel van o.m. F. JAULT-SESEKE, *doct.*, 343, om op die manier mannen definitief te ontmoedigen om naar het land van oorsprong terug te keren om daar een polygaam huwelijk aan te gaan; B. ANCEL en Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 1987, 256; H. MUIR-WATT, (bespreking van DICEY en MORRIS, *The conflict of laws*), *R.C.D.I.P.* 1988, 823; Y. LEQUETTE, noot onder Cass. 17 februari 1982, *R.C.D.I.P.* 1983, 277. Zie ook bepaalde rechtspraak impliciet door aan het monogame statuut van de eerste vrouw, ongeacht of deze de Belgische nationaliteit heeft, het definitief monogame karakter van het huwelijk te koppelen: Brussel 10 april 1979, *J.T.* 1979, 612, noot J. MESSINE; Rb. Brussel 15 januari 1986, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 22, hervormd door Brussel 14 oktober 1987 en Brussel 27 juni 1988, *T. Vreemd.* 1988, afl. 51, 22; Rb. Antwerpen A.R. 98/3431/A, 14 september 1998, *onuitg.* (nietigverklaring van het tweede huwelijk, omdat het eerste huwelijk met een Franse vrouw niet ontbonden was); Rb. Brussel 29 december 1987, *Rev. dr. étr.* 1988, 151; Rb. Brussel 20 november 1990, *J.T.* 1991, 283, *Rev. dr. étr.* 1990, 351, noot M.-CL. FOBLETS, ter hervorming van Vred. Sint-Gillis 5 april 1990, *Rev. dr. étr.* 1990, 662; Brussel 9 mei 1995, *A.J.T.* 1995-96, 149; Brussel 10 april 1979, *J.T.* 1979, 612; I. FADLALLAH, *doct.*, 186 (impliciet); Cass. fr. 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 71, noot Y. LEQUETTE (weigering aan tweede echtgenote van een breukdeel van de rente voor de overlevende echtgenoot, in een geval waar de eerste echtgenote Franse was); J. JAKUES, eerste-substituut Procureur des Konings Antwerpen, gaat in antwoord op een vraag van E. MEULDERS, afdelingshoofd burgerlijke stand Antwerpen, uit van het reeds bestaan van een dergelijk trilateraal huwelijksbeletsel ingeval de eerste echtgenote een monogaam statuut heeft. Bovendien weigert hij te erkennen dat het polygame huwelijk na ontbinding van het eerste huwelijk geldig wordt: E. MEULDERS, "Niet-erkenning bigaam huwelijk (van iemand waarvoor polygamie toegelaten is)", *De Burg. St.* 1993, 531-532. *Contra*: Rb. Luik 26 juni 1975; Cass. fr. 17 februari 1982, *R.C.D.I.P.* 1983, 277, noot Y. LEQUETTE en Paris 8 november 1983, *R.C.D.I.P.* 1984, 476, noot Y. LEQUETTE: de eerste echtgenote was Française; M.C. FOBLETS, "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie), *Rev. dr. étr.* 1994, 132, werpt tegen dat dergelijke oplossing "soit délaissée comme étant, en droit, par trop hasardeuse pour n'être suffisamment respectueuse de l'orthodoxie juridique des normes particulières mettant en oeuvre le droit des conflits des juridictions et de nationalités".

<sup>72</sup> In deze zin: J. DE COESTER en S. REICH, "Internationaal privaatrecht midden 1978 t/m 1979", *R.W.* 1980-81, 2111; J. ERAUW, F. BOUCKAERT, M. CLAEYS, K. LAMBEIN, W.

de nationale wet) op een dermate ingrijpende wijze worden aangetast, dat een wettelijke herformulering ervan zou zijn aangewezen. Bovendien zou de vraag rijzen op welk ogenblik de nationaliteit van de eerste vrouw het lot van het huwelijk zou bepalen: definitief bij de sluiting van het eerste huwelijk of - zoals momenteel door meerdere rechters impliciet wordt toegepast - op de dag van de tweede huwelijkssluiting<sup>73</sup>? In het tweede geval is het mogelijk dat de man in zijn verwachtingen 'bedrogen' wordt doordat zijn vrouw na de huwelijkssluiting een nieuwe nationaliteit aanneemt van een rechtsorde die polygamie verbiedt en afstand doet van haar oorspronkelijke nationaliteit met permissief personeel statuut. In sommige situaties kan dat tot machtsmisbruik leiden, denken we aan de hypothese dat een Marokkaanse man en vrouw om professionele redenen tijdelijk naar België komen, het verblijf langer duurt dan was beoogd, en de man tenslotte alleen terugkeert naar Marokko. Na een verblijf van drie jaar kan de vrouw de Belgische nationaliteit door naturalisatie verwerven<sup>74</sup> en zou ze met deze nieuwe nationaliteit haar man in Marokko kunnen verbieden polygaam te huwen.

Om dergelijke misbruiken te vermijden moet rekening worden gehouden met de redelijke verwachtingen, zowel op het ogenblik van de eerste huwelijkssluiting, als op het ogenblik waarop het polygame huwelijk zou worden of werd gesloten.

**29.** Een ander voorstel om het beletsel om te zetten in een bilateraal beletsel<sup>75</sup>, verhoogt ons inziens het risico op hinkende rechtsposities. Het personele recht van de polygaam gehuwde zal het huwelijk immers zonder uitzondering als geldig beschouwen, mits het polygamie toelaat. De wijze waarop het nationale recht van de echtgenote omgaat met polygamie wordt daarbij niet in rekening

---

WAUTERS en B. WYLLEMAN, "Overzicht van rechtspraak (1985-1992). Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht", *T.P.R.* 1993, 534; B. HANOTIAU, "Examen de jurisprudence – droit international privé – Les personnes et les relations familiales, *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 241; G. VAN HECKE en F. RIGAUX, "Droit international privé (conflits de lois). Examen de jurisprudence (1981-1990), *R.C.J.B.* 1991, 230.

<sup>73</sup> Om deze redenen ook verwerpt B. BOURDELOIS, o.c., 39, het voorstel van Y. LEQUETTE, noot onder Cass. fr. 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 71, om de personele wet van de eerste vrouw tot nieuwe verwijzingsregel te maken om over de geldigheid van een polygaam huwelijk te besluiten.

<sup>74</sup> Art. 19 W.B.N.

<sup>75</sup> O.m. F. RIGAUX, *Traité II*, nr. 484-485; Y. LOUSSOUARN en P. BOUREL, *Droit international privé*, 1993, nr. 303 (deze auteurs willen nog verder gaan en de domiciliewet of de *lex loci celebrandi* mee in rekening nemen – cf. lokalisatie door B. BOURDELOIS); Y. LEQUETTE, noot onder Cass. fr. 6 juli 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, 71; F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1996, 340; I. FADLALLAH, "Lien conjugal et rencontre de civilisations", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (eds), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 351; O. ELWAN, "L'Islam et les systèmes de conflits de lois", in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (eds), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 331; §5 Ehegesetz: bilateraal bigamieverbod voor een Duitse vrouw en voor een buitenlandse vrouw in Duitsland (GAMILLSCHEG, "Art. 13 EGBGB", in *Staudingerkomm.*, nrs 243 en 247; SCHWIMANN, "Art. 13 EGBGB", in *Münchenkomm.*, 1990, nr. 45). Reeds toegepast onder Duits recht: o.m. LG Hamburg, *StAZ* 1960, 99; BverwG. 30 april 1984, *IPRax* 1985, 351; OVG Nordrhein-Westfalen 7 maart 1985, *IPRax* 1985, 351.

genomen.

30. Ook voorstellen tot een andere aanknoping zijn o.i. onwenselijk. Een toepassing van de *lex domicilii*<sup>76</sup> werpt de vraag op naar het ogenblik waarop de toepasselijke wet wordt aangewezen<sup>77</sup>, gezien de vlotte veranderlijkheid van het domicilie van een persoon. Een loutere verwijzing naar de *lex loci celebrationis*<sup>78</sup> zou het personeel statuut zijn rol volledig ontnemen en een vrije keuze laten aan de partijen, aangezien shopping mogelijk wordt en twee Belgen in Marokko perfect polygaam zouden kunnen huwen<sup>79</sup>.

31. Samengevat stellen we voor om, in de hypothese dat de polygame man nog niet over een stabiel verblijfsstatuut beschikt, eerst na te gaan welke rechtsgevolgen de wet die de huwelijksgevolgen van zijn polygame huwelijk regelt, verbindt aan het polygame huwelijk. Vervolgens wordt het gevorderde rechtsgevolg getoetst aan de BIPOO. Doorstaat het de toetsing, dan wordt de toekenning van het rechtsgevolg alsnog afhankelijk gemaakt van een tweede onderzoek. A.h.v. de *lex primi matrimonii* wordt nagegaan of de eerste echtgenote al dan niet een redelijke verwachting koesterde dat het huwelijk monogaam zou blijven. Is dat het geval, m.n. hebben beide partners niet dezelfde nationaliteit en verbiedt de wet van de plaats van huwelijksluiting polygamie, dan kan in haar belang alsnog worden geweigerd om het gevorderde rechtsgevolg te verbinden aan het tweede huwelijk.

<sup>76</sup> J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)", *Recueil des cours de La Haye* 1988, IV, t. 211; P. LAGARDE, "L'ordre public face à la polygamie et à la répudiation", in *Mélanges F. Rigaux*, 1997, pleit bovendien voor toepassing van de Belgische wet zodra de vreemdeling is toegelaten tot het Rijk; J.Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Brussel, Bruylant, 1992, 468 p., bepleit een optierecht voor de partners tussen de *lex domicilii* en de *lex loci celebrationis*.

<sup>77</sup> Kiest men voor het domicilie vóór het huwelijk, wat gebeurt dan ingeval niet beide partners in hetzelfde land waren gedomicilieerd? Opteert men voor het domicilie na het huwelijk, dan rijst de vraag of de eerste huwelijksdomicilie wordt bedoeld, dan wel de domicilie op het ogenblik waarop de litigieuze handeling (de sluiting van het tweede huwelijk) werd gesteld, of op het ogenblik van de betwisting.

<sup>78</sup> Bepleit door J.M. BISCHOFF, "Le mariage polygamique en droit international privé", *Trav. Com. fr. dr. int. pr.* 1980-81, II, 103. Gesteund op het Engelse systeem ter zake waarbij de plaats van huwelijksluiting aangeeft of het huwelijk van een man wiens personeel statuut polygamie toelaat, virtueel polygaam of van in den beginne strikt monogaam is: A.V. DICEY en J.H.C. MORRIS, *Conflict of laws*, Londen, Stevens and Son, 1987, Rule 73, 648. L. COLLINS, A.V. DICEY en J.H.C. MORRIS, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Londen, Sweet and Maxwell, 2000, rule 73 tot 75, 703 e.v.: een polygaam huwelijk is nietig in geval één van de partners op het ogenblik van huwelijksluiting in Engeland was gedomicilieerd of in geval het huwelijk in Engeland is aangegaan. In de andere hypothesen is het huwelijk geldig, tenzij er een strong reason to the contrary is: Matrimonial Causes Act 1973, gewijzigd door de Private International Law Act van 1995; L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1974, 154-155, verwerpt daarentegen de oplossing naar Engels recht die de *lex loci celebrationis* van het eerste huwelijk toepast in combinatie met de wet die correspondeert met het personeel statuut (in common-lawlanden de *lex domicilii*).

<sup>79</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959; P. BOUREL, *J.-Cl. (droit comparé)*, v° Sénégal, I en II; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973.



Zoals we voorheen evenwel reeds aangaven, menen we dat hierbij een uitzondering moet worden gemaakt voor de vordering tot onderhoudsuitkering door de tweede of verdere echtgenote te goeder trouw. Haar belang bij de bescherming van haar rechtspositie kan best primeren op het belang van de eerste echtgenote om geen nadeel te ondervinden van het polygame huwelijk. We argumenteerden reeds uitvoerig waarom. We stellen dan ook voor om bij dergelijke vordering, en ook meer in het algemeen bij goede trouw van de tweede echtgenote, de aandacht voor het belang van de eerste echtgenote die zich redelijkerwijze aan een monogaam huwelijk kon verwachten, te concentreren op een inspanning om de financiële last van het polygame huwelijk zoveel mogelijk bij de polygame man persoonlijk te leggen<sup>80</sup>. Leeft de eerste echtgenote inmiddels bv. feitelijk of uit de echt gescheiden van hem, dan kan bij de berekening van haar onderhoudsuitkering best slechts rekening worden gehouden met de last van het polygame gezin als dat de enige mogelijkheid is om het tweede gezin een zekere toekomst te bieden. In het andere geval wordt de levensstandaard van de eerste echtgenote bij voorkeur niet aangetast<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> We houden daarbij rekening met het feit dat deze doelstelling nooit volledig gerealiseerd kan worden zolang de eerste echtgenote met de man gehuwd blijft, aangezien de gevolgen altijd zullen doorsijpelen in het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht: *cf. supra*, hoofdstuk 2, randnrs 16-24 en 31-33.

<sup>81</sup> *Cf. supra* hoofdstuk 2, randnrs 59 e.v.



## HOOFDSTUK 4. IMPACT OP HET VERBLIJFSRECHT

### A. POLYGAMIE EN DE HOUDING VAN HET GEZINSHERENIGINGSRECHT T.A.V. DE ECHTGENOTES

#### A.1. WEIGERING VAN GEZINSHERENIGING AAN ÉÉN VAN DE ECHTGENOTES

##### A.1.A. WEIGERING VAN TOEGANG

1. Het Belgische gezinsherenigingsrecht laat de buitenlandse echtgeno(o)t(e) van een Belg of een vreemdeling die tot het verblijf of de vestiging in België is toegelaten of gemachtigd, toe zijn of haar huwelijkspartner in België te vervoegen<sup>1</sup>. We hebben reeds uitvoerig geïllustreerd dat het verblijfsrecht een overwegend soevereine materie is die naar strikt Belgische criteria is opgesteld<sup>2</sup>. Dat blijkt o.m. uit de omschrijving van de categorieën van gerechtigden op gezinshereniging<sup>3</sup>. In het licht van de openbare orde wordt slechts één echtgenote toegelaten om haar echtgenoot te vervoegen in het kader van gezinshereniging<sup>4</sup>. Ook de bilaterale akkoorden met Marokko en Algerije houden geen rekening met het juridische verschijnsel 'polygamie' in het kader van gezinshereniging en hebben het slechts over gezinshereniging voor 'de

<sup>1</sup> Art. 10, 4° Vreemdelingenwet.

<sup>2</sup> A. HEYVAERT, "De grenzen van de gezinsautonomie in de internationale openbare orde in België", *R.W.* 1981-82, 2242: bij de uitsluiting van de bijzit en tweede en verdere echtgenotes speelt een samenhang van beleidspolitieke overwegingen, verwijzings- en erkenningsregels en de oplegging van een gezinsmodel. Zoals we reeds stelden, spelen deze overwegingen in de beoordeling van elke juridische confrontatie met polygamie: zie o.m. M.C. FOLETS, "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie), *Rev. dr. étr.* 1994, 127; M.C. FOLETS, "Un droit pour ou par ses destinataires? Les complexités du rattachement juridique de l'alliance matrimoniale entre partenaires immigrés", in M.C. FOLETS (1996), 143; J. DEPREZ, "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé", in M.C. FOLETS (ed.), *Familles - Islam-Europe*, 60-61, die stelt dat de verdraagzaamheid t.a.v. polygamie niet te ruim mag worden gesteld, mede uit overwegingen inzake migratie- en integratiepolitiek; in J. DEPREZ, "Droit international privé et conflits de civilisations", *Recueil des cours de La Haye* 1988, IV, 164-165, benadrukt DEPREZ dan weer dat vooral economische motieven aan de grondslag liggen van een weigering; J.H. KALTENBACH, "Quelques réflexions sur la naïveté en matière de droit musulman", in B. ETIENNE (ed.), *L'islam en France: Islam, état et société*, reeks *Études de l'annuaire de l'Afrique du Nord*, Paris, CNRS, 1990, 224, verwittigt voor het gevaar van integrisme; V. VAN DEN EECKHOUT, *doct.*, 84.

<sup>3</sup> Bv. de expliciete leeftijdsbeperkingen; de uitsluiting van ascendenten van derdelanders.

<sup>4</sup> O.m. R.v.St. 29 augustus 1994, nr. 48.817, *R.A.C.E.* 1994. De definitie van het begrip 'Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde' verwijst niet enkel expliciet naar de morele orde, maar tevens naar beginselen die essentieel zijn voor de fundamentele economische orde: Cass. 17 december 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 432, *J.T.T.* 1991, 258, noot: 'Overwegende dat een wet alleen dan van internationale openbare orde is indien de wetgever door de bepalingen van die wet een beginsel heeft willen vastleggen dat, naar zijn oordeel, essentieel is voor de gevestigde morele, politieke en economische orde'.

echtgenote'<sup>5</sup>.

2. Een aantal Europese initiatieven zou weliswaar mogelijk kunnen worden beschouwd als een impliciete uitnodiging tot meer soepelheid. Zo bepaalt Aanbeveling 94(14) van de ministerraad van de Raad van Europa, 'concernant les politiques familiales cohérentes et intégrées' d.d. 22 november 1994, in een bijlage aangaande basisbeginsel 6: "Les politiques familiales devraient tenir compte de la pluralité de structures familiales et de leurs besoins spécifiques". De Resolutie over de eerbiediging van de rechten van de mens in de Europese Unie<sup>6</sup> acht "de bescherming van het gezin – ongeacht of het officieel erkend is of feitelijk bestaat – absoluut noodzakelijk, maakt zich zorgen over de initiatieven die tot doel hebben het recht op gezinshereniging te beperken en verlangt dat meer belang wordt besteed aan de bescherming van de rechten van kinderen en jongeren"<sup>7</sup>.

Meerdere bepalingen van Europees recht stellen zich evenwel terughoudend tot afwijzend op<sup>8</sup>. Zo bepaalt een richtlijn van de EG<sup>9</sup> inzake non-discriminatie dat

<sup>5</sup> M. TAVERNE, *l.c.*, 248. Hetzelfde geldt voor o.m. de Franse bilaterale akkoorden: art. 4 Décret n° 69-243 van 18 maart 1969, portant publication de l'accord entre le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France de ressortissants algériens et leur familles, complété par un protocole, deux échanges de lettres et une annexe, getekend in Algiers op 27 december 1968, *J.O.* 22 maart 1969; Décret n° 86-320 van 7 maart 1986, portant publication du premier avenant à l'accord du 27 décembre 1968 entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles et à son protocole annexe, signé à Alger le 22 décembre 1985 (ensemble un protocole et un échange de lettres), *J.O.* 8 maart 1986. Zie in dit verband het interessante Franse arrest Bennacer: C.E. fr. 16 mei 1980, *Rec. Lebon* 1980, 226: een Franse administratieve rechtbank had de procedure geschorst in afwachting van een uitspraak door de minister van buitenlandse zaken over de gezinsherenigingsbepaling voor gehuwden in het Frans-Algerijnse verdrag. Volgens de rechtbank was het niet duidelijk 'si la convention précitée a (...) entendu faire référence au statut personnel des intéressés au regard de la loi locale ou a limité à une seule épouse'. De Raad van State volgde deze stelling en weigerde daarmee om zonder meer uit te gaan van een Franse interpretatie van het gezinsconcept. Op dezelfde wijze kunnen de zgn. duidelijke bepalingen van de Belgische bilaterale verdragen mogelijk ook in vraag worden gesteld.

<sup>6</sup> Punt 93 Resolutie 1994 Europees Parlement, *PB. C.* 320, 28 oktober 1996, 36.

<sup>7</sup> Ook het ontwerp-Handvest van fundamentele rechten van de Europese Unie, nr. 4102/00, 6 januari 2000, bepaalt in art. 8 met 'marriage and the family shall enjoy particular protection. Single-parent families, large families and families that include one or more disabled persons shall be entitled to special care from the authorities. Other long-term relationships shall have the right to be protected against discrimination', o.i. impliciet de non-discriminatie van polygame gezinsverbanden voorop.

<sup>8</sup> De ILO-verdragen nr. 143 (art. 13, 2) en nr. 151 (§15) en art. 19, §6 Europees Sociaal Handvest beperken zich tot een verwijzing naar 'the spouse'; art. 15, 3 ILO-verdrag nr. 86 verwijst naar 'his wife'.

De International Convention on the protection of the rights of all migrant workers and members of their families, 18 december 1990, A/RES/45/148, <http://www.tufts.edu/fletcher/multi/texts/BH983.txt>, laat ruimte voor een ruimere interpretatie van het gezinsconcept. In zijn artikel 1 en 7 verbiedt het verdrag discriminatie op grond van o.m. marital status. In artikel 4 omschrijft het 'members of the family' als o.m. de 'persons married to migrant workers or having with them a relationship that, according to applicable law, produces effects equivalent to marriage' (de term 'applicable law' verwijst o.i. naar het I.P.R.). Art. 8 en 14

het verbod op discriminatie ook geldt voor onderdanen van derde landen, maar niet van toepassing is op verschillen in behandeling op grond van nationaliteit en tevens de bepalingen inzake inreis en verblijf onverlet laat. Zowel art. B.1.a van de Resolutie van de Raad van Europa uit 1978 inzake gezinshereniging in het kader van arbeidsmigratie, als art. 12-1 van het Europese verdrag houdende het juridisch statuut van de arbeidsmigrant verwijzen naar 'de echtgenote'<sup>10</sup>.

3. De duidelijkste Europese bepaling in dit verband, de Europese resolutie van 1 juni 1993<sup>11</sup>, die evenwel geen directe werking heeft, bepaalt in § 5 dat geen

---

zwakken het voornoemde evenwel af door te bepalen 'no restrictions except those that are provided by law, are necessary to protect national security, public order, public health or morals or the rights and freedoms of others and are consistent with the other rights recognized in the present part of the convention'. Een van die 'recognized rights' is (art. 14): 'no migrant worker or member of his or her family shall be subjected to arbitrary and unlawful interference with his or her privacy, family...'. Een beperking bij wet is dus mogelijk, mits ze niet arbitrair is. Voorziet de wetgeving van een verdragsstaat evenwel niet expliciet in een verbod van gezinshereniging voor meer dan één echtgenote, maar wordt een dergelijk verbod in de praktijk wel toegepast, dan is dat o.i. een 'unlawful interference' in de zin van het verdrag. Ook beperkt art. 44 de mogelijkheid van restrictieve bepalingen in de materie, aangezien het herinnert aan het engagement van de verdragsstaten "to take appropriate measures to ensure the protection of the unity of the families of migrant workers", o.m. inzake gezinshereniging (punt 2), opnieuw ook m.b.t. een "relationship that, according to applicable law, produces effects equivalent to marriage". België is door dit verdrag niet gebonden.

<sup>9</sup> Punt 1 Richtl. Raad EG nr. 2000/43/EG van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PB. L.* 180, 19 juli 2000, 22-23.

<sup>10</sup> Ook het rapport explicatief bij het laatste verdrag hult zich in stilzwijgen, terwijl het wel de moeite heeft genomen art. 12 te interpreteren in die zin dat het zowel op de partner van een mannelijke als van een vrouwelijke werknemer toepasselijk is (punt 56 rapport explicatief, p. 19 – in die uitleg staat weliswaar 'aux époux et aux épouses des travailleurs des deux sexes', maar het gebruik van 'épouses' i.p.v. 'l'épouse des travailleurs' kan niet volstaan als voldoende teken van inachtnaam van polygame gezinssituaties).

Inzake burgerrechtelijke erkenning van het huwelijk, heeft de Haagse conferentie voor I.P.R. met artikel 11 van de Convention on celebration and recognition of the validity of marriages van 14 maart 1978, "Een verdragsstaat mag de geldigheid van een huwelijk (slechts) weigeren als op het ogenblik van de huwelijksluiting, naar het recht van die staat, een van de echtgenoten reeds was gehuwd (...)", uiting gegeven aan de unanieme visie van de verdragsstaten in de materie.

Inzake sociale zekerheid bepaalt bv. de Euro-mediterrane overeenkomst met Marokko dat op de Marokkaanse werknemer en zijn gezinsleden een regeling inzake sociale zekerheid wordt toegepast 'die wordt gekenmerkt door het ontbreken van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen deze werknemers en de eigen onderdanen van de lidstaten waar zij werkzaam zijn'. Het begrip sociale zekerheid dekt alle in de overeenkomst genoemde takken: art. 65 Euro-mediterrane overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese gemeenschappen en hun lidstaten enerzijds, en het Koninkrijk Marokko anderzijds, bijlagen 1, 2, 3, 4, 5, 6 en 7, protocollen 1, 2, 3, 4 en 5, en slotakte, Brussel 26 februari 1996, goedgekeurd bij wet van 9 februari 1998, *B.S.* 22 december 1999. In de slotbepalingen van de overeenkomst staat evenwel onder de titel 'gemeenschappelijke verklaring betreffende artikel 65 van de overeenkomst' vermeld: "overeengekomen is dat de term 'gezinsleden' wordt gedefinieerd volgens de nationale wetgeving van het betrokken gastland".

<sup>11</sup> Resolutie van de Europese ministers belast met immigratiezaken van 1 juni 1993 betreffende de harmonisatie van de nationale beleidsmaatregelen inzake gezinshereniging, Kopenhagen, *onuitg.* Deze resolutie heeft geen directe werking en houdt slechts de politieke verbintenis in om de nationale wetgeving ermee in overeenstemming te brengen. Meer hierover: N. BERGER, , *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Brussel, Bruylant, 2000, 108.

enkele lidstaat gezinshereniging van een partner in een polygame relatie kan toelaten<sup>12</sup>, indien een andere huwelijkspartner of haar kind(eren) reeds verblijven in een Europese lidstaat. Dat laatste betekent dat de andere echtgenote en/of kind(eren) de polygame man nog niet noodzakelijk moeten hebben vervoegd. Zodra ze in een andere Lidstaat verblijven, treedt het verbod in werking. De reden daarvoor is dat ze in toepassing van het recht op vrij verkeer bijna zeker op elk ogenblik de polygame man kunnen vervoegen. Een volgende echtgenote kan bijgevolg niet tot het verblijf worden toegelaten zonder dat het risico ontstaat dat op termijn meerdere echtgenotes zich bij dezelfde man voegen. Met de bepaling wordt elke mogelijkheid van polygame gezinsbeleving op termijn preventief bestreden. Eenzelfde redenering zat vervat in het voorstel van de ad hoc Werkgroep Immigratie voor een 'Harmonization of national policies on family reunification'<sup>13</sup>.

Dat de monogame gezinssituatie centraal staat, ongeacht de verblijfsstatuten die eraan ten grondslag liggen, blijkt tevens uit de hantering van het begrip 'resident' i.p.v. het begrip 'joining'. De Resolutie sluit gezinshereniging uit in geval reeds een echtgenote bij de man *verblijft*. Had de Resolutie daarentegen gesteld dat gezinshereniging niet wordt toegestaan aan een tweede echtgenote indien een eerste echtgenote de polygame man reeds heeft *vervoegd*, dan zou dit de mogelijkheid openlaten dat de polygame huwelijksrelatie wél effectief in een Verdragsstaat kan worden beleefd, mits de binnenkomst van slechts één van de echtgenotes steunt op gezinshereniging. Steunt de andere echtgenote haar verblijf op een andere grond, dan heeft deze immers de rechtgevende echtgenoot niet moeten *vervoegen*.

Niet alleen een dubbele gezinshereniging maar elke gezinshereniging die een polygame gezinsbeleving (op termijn) mogelijk zou maken, wordt m.a.w. verboden.

Aangezien de Resolutie geen directe werking heeft, menen we evenwel dat het Belgische recht deze restrictieve opvatting niet kan toepassen, zolang ze niet expliciet in de verblijfswetgeving is opgenomen. De verblijfspositie van de ene echtgenote zal m.a.w. het recht op verblijf van de andere mee beïnvloeden. De Belgische regeling verbiedt immers vooralsnog slechts een dubbele gezinshereniging (*cf. infra*: ongelijke behandeling op grond van nationaliteit).

<sup>12</sup> R.v.St. 6 oktober 1983, nr. 23.530, *Arr. R.v.St.* 1983, 1743; R.v.St. 29 augustus 1994, nr. 48.817, *R.A.C.E.* 1994; N. BERGER, o.c., 109. In Frankrijk bleek deze mogelijkheid tot de wet van 24 augustus 1993 evenwel te bestaan: GISTI (groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés), *Rencontre internationale pour le droit de vivre en famille des immigrés en Europe, Bruxelles 4, 5 en 6 november 1993*, Paris, Coördination pour les droits à vivre en famille, 1993, 52.

<sup>13</sup> Art. 5 Voorstel van 3 juni 1993 van de ad hoc Werkgroep Immigratie voor een 'Harmonization of national policies on family reunification', "Principles governing member states' policies on family reunification", *weergeg.* in A. TERLOUW, C. GORDON en L. LAURENCE (eds), *A new immigration law for Europe? The 1992 London and 1993 Copenhagen Rules on Immigration*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1993, 81.

4. De Dienst Vreemdelingenzaken gaat systematisch de geldigheid na van een huwelijk en gaat na of voldaan is aan de grondvoorwaarden. Dit gebeurt onder meer door het voorleggen van een gelegaliseerde huwelijksakte. In het rijksregister wordt nagegaan of de persoon die zich in België bevindt reeds gehuwd is. Zo ook wordt in het buitenland onderzocht of de persoon die de gezinshereniging aanvraagt niet reeds voorheen een huwelijk is aangegaan met een andere persoon. Is dat zo, dan wordt een echtscheidingsakte opgevraagd, tenzij het personeel statuut polygamie toelaat. Voorts wordt rekening gehouden met eventuele opmerkingen van de ambassade zelf, of kan in geval van twijfel de ambassade een onderzoek ter plaatse uitvoeren.

Na die controle van de grondvoorwaarden, wordt verblijf alsnog geweigerd bij polygamie als dat zou impliceren dat de man vervoegd wordt door meer dan één echtgenote.

5. Daarbij wordt een *first come, first take*-principe gehanteerd: het is niet zo dat de tweede echtgenote steeds de toegang tot het Rijk zal worden ontzegd. Is de tweede echtgenote België binnengekomen vóór de eerste echtgenote, dan zal deze laatste verblijfsrechtelijk het slachtoffer worden van de polygame gezinssituatie. We gaan hier later nader op in (randnrs 23 e.v.).

6. Art. 4.4 Richtlijn inzake het recht op gezinshereniging lijkt de hereniging van meer dan één echtgenote te verbieden. We verwijzen evenwel naar art. 3.5 dat m.b.t. alle bepalingen van de Richtlijn toelaat dat de Lidstaten ervan afwijken om vreemdelingen een gunstigere behandeling te geven. Art. 4.4 laat de Lidstaten toe, maar spoort hen er niet toe aan, om de kinderen van andere echtgenotes dan deze die reeds bij de man verblijft, het recht op gezinshereniging te ontzeggen. In een vorige versie beoogde het voorstel dat aan de Richtlijn ten grondslag heeft gelegen de Lidstaten wél nog aan te sporen tot een weigering, tenzij het belang van het kind zou doorwegen op andere eisen, bv. bij overlijden van de moeder<sup>14</sup>.

7. Ook feitelijke polygamie kan geen aanleiding geven tot een machtiging tot gezinshereniging. Slechts de ongehuwde wettige verblijfhouder kan sinds de omzendbrief van 1997<sup>15</sup> zijn buitenhuwelijkse partner laten overkomen. De notaris gaat bij de opstelling van het samenlevingscontract de burgerlijke staat van beide partijen na. Is één van hen reeds gehuwd, dan zal de notaris weigeren de akte op te stellen en zal de partner worden uitgewezen.

Ook via deze regeling is gezinshereniging met de tweede partner in een (feitelijk) polygame relatie bijgevolg niet mogelijk<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Art. 5 Voorstel voor een Richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging, 1 december 1999.

<sup>15</sup> Omz. 30 september 1997 betreffende het verlenen van een verblijfsmachtiging op basis van samenwonen in het kader van een duurzame relatie, B.S. 14 november 1997. Voorheen werd gezinshereniging geweigerd: R.v.St. nr. 23.496 van 23 september 1983, Rec. C.E. 1983, 1703.

<sup>16</sup> L. WALLEYN, "Gezinshereniging van niet E.U.-vreemdelingen na de wet van 6 augustus

8. Uit onze analyse onder titel A.1.b zal nochtans blijken dat de weigering om beide vrouwen in een polygame relatie recht op verblijf te verlenen niet principieel is, maar integendeel uitsluitend op numerieke gronden is geïnspireerd.

#### **A.1.B. EEN RECHT OP VOORTGEZET VERBLIJF INDIEN DE POLYGAMIE PAS NA BINNENKOMST AAN HET LICHT KOMT?**

9. Zijn beide echtgenotes het Rijk op legale wijze binnengekomen en komt de polygamie pas nadien aan het licht, dan rijst de vraag of zulks een grond voor verwijdering van het grondgebied vormt en zoja, welke echtgenote moet worden verwijderd.

#### ***\* Een recht op voortgezet verblijf in geval de tweede echtgenote een onafhankelijke verblijfstitel heeft***

10. Vooreerst zal deze vraag zich slechts opdringen mits de tweede echtgenote haar verblijf effectief op het huwelijk steunt. Beschikt ze van bij het begin over een zelfstandige verblijfstitel, dan steunt ze haar verblijf op een andere rechtsgrond en is de polygamie er niet op van invloed.

Heeft ze haar verblijf oorspronkelijk gesteund op gezinshereniging, maar heeft ze inmiddels een zelfstandig verblijfsrecht verworven, dan zal haar verblijf over het algemeen evenmin in het gedrang komen. Waar bij een schijnhuwelijk steeds kwade trouw wordt aangenomen in hoofde van de vreemdeling, aangezien hij of zij degene is die met een loutere verblijfsdoelstelling het huwelijksinstituut van zijn doelstelling heeft afgewend, is het bij een nietigverklaring op andere gronden denkbaar dat de vreemdeling te goeder trouw was, zo bv. bij huwelijksdwang uitgaande van een derde, of bij onopzettelijke polygamie of polygamie waarbij de betrokkene zich van geen kwaad bewust was<sup>17</sup>. In toepassing van art. 201 B.W. kan de burgerlijke rechter het voordeel van een putatief huwelijk verlenen aan de echtgenoot te goeder trouw, waardoor de nietigheid ten aanzien van hem of haar slechts *ex nunc* werkt.

11. Op onze vraag of ook op verblijfsrechtelijk vlak rekening wordt gehouden met dergelijke burgerrechtelijke uitspraak, heeft de Dienst Vreemdelingenzaken ons geantwoord dat de administratie zich naar het vonnis richt indien de vreemdeling zich erop beroept<sup>18</sup>. Ook de verblijfsgrond zou m.a.w. niet retro-actief vervallen, maar slechts vervallen vanaf de dag waarop het vernietigingsvonnis in kracht van gewijsde treedt. Heeft de tweede echtgenote inmiddels een vestigingsvergunning verkregen, dan zal ze haar verblijf in België kunnen voortzetten.

---

1993", T. *Vreemd.* 1995, 12, werpt op dat een regeling die gezinshereniging wel toelaat aan buitenhuwelijks samenwonenden, maar weigert aan personen die naar hun personeel recht een geldig huwelijk zijn aangegaan, onverdedigbaar is.

<sup>17</sup> Omwille van een weinig nauwe band met de Belgische rechtsorde en een toepassing van het eigen nationale recht bij de huwelijksluiting.

<sup>18</sup> Brief van 25 februari 2002.



12. We stellen ons evenwel de vraag of dat überhaupt niet steeds het geval is, ook als ze niet het voordeel van putatief huwelijk geniet, zodra ze over een onafhankelijk verblijfsrecht beschikt.

Elke vreemdeling die gevestigd is of de bescherming geniet van art. 21 Vreemdelingenwet kan immers slechts worden uitgezet bij ernstige inbreuk op de openbare orde. Een aanneming van kwade trouw, bv. op grond van haar langdurig verblijf in België, waardoor ze op de hoogte had moeten zijn van het polygamieverbod<sup>19</sup>, volstaat nog niet om te besluiten dat de tweede echtgenote een ernstig gevaar zou vormen voor de openbare orde.

Eenmaal ze over een stabiel verblijfsstatuut beschikt, zal de tweede echtgenote haar verblijf in België bijgevolg over het algemeen kunnen voortzetten, ook al geniet ze niet het voordeel van putatief huwelijk.

13. Ons voorstel om aan de nietigverklaring een onderhoudsuitkering te koppelen zal het financiële nadeel voor de Belgische Staat bij de voortzetting van het verblijf in beginsel gedeeltelijk opvangen. Het risico dat de vrouw ten laste komt van O.C.M.W.-steun zou er in beginsel door moeten worden ingeperkt<sup>20</sup>.

14. Zolang het huwelijk niet nietigverklaard wordt, kan o.i. hoedanook niet op grond van polygamie tot een ernstige bedreiging van de openbare orde worden besloten. We hebben eerder reeds aangegeven dat de Dienst Vreemdelingenzaken in de praktijk bij voorkeur slechts op burgerrechtelijke kwalificaties afgaat<sup>21</sup>.

**\* Een weigering van voortgezet verblijf zolang de tweede echtgenote geen onafhankelijke verblijfstitel heeft**

15. Beschikt de tweede of volgende echtgenote (nog) niet over een zelfstandige verblijfstitel, dan kan haar verblijf o.i. slechts in het gedrang komen na een nietigverklaring van het polygame huwelijk. In dat opzicht menen we dat áls er reeds een echtgenote is die het grondgebied zal moeten verlaten, dat de tweede echtgenote is, na nietigverklaring van haar huwelijk<sup>22</sup>. Opdat de verblijfstitel haar kan worden ontnomen is immers vereist dat de verblijfsgrond officieel vervalst, m.a.w. dat het huwelijk is nietigverklaard.

<sup>19</sup> Cf. *infra*, onze opdeling naargelang de polygamie ontstaat op een ogenblik dat de betrokkene al dan niet stabiel verblijf geniet, om te oordelen over de goede trouw.

<sup>20</sup> We verwijzen evenwel terug naar onze voorgaande opmerking: de praktijk wijst uit dat vele gerechtshoven er niet in slagen om de onderhoudsplichtige tot uitvoering van zijn verplichtingen te brengen.

<sup>21</sup> Cf. *supra*, deel 2C en deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste).

<sup>22</sup> I.t.t. de Franse regeling die het recht op verblijf beschermt van de echtgenote die als eerste gezinshereniging heeft aangevraagd: Omz. van 25 april 2000 van de minister van Binnenlandse Zaken betreffende 'le renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993'.

De *first come, first take*-regel van de binnenkomstregeling kan m.a.w. niet worden overgedragen naar de regeling van het voortgezet verblijf. Er wordt geen rekening gehouden met de vraag welke echtgenote de polygame man het eerst heeft vervoegd en met hem in België het duurzaamste familieleven heeft uitgebouwd. Zonder uitzondering wordt slechts het huwelijk beschermd dat burgerrechtelijk geldig is: het eerste huwelijk.

**16.** De Dienst Vreemdelingenzaken, meer bepaald het bureau Opsporingen, treedt in contact met de parketten telkens indien elementen erop wijzen dat een huwelijk een schijnhuwelijk of polygaam huwelijk is en de Dienst meent dat een procedure tot nietigverklaring van het huwelijk moet worden opgestart. Wordt de nietigverklaring uitgesproken, dan verbindt de Dienst Vreemdelingenzaken zich ertoe over te gaan tot de verwijdering van de betrokkene, voorzover die inmiddels niet de Belgische nationaliteit bezit<sup>23</sup>. In het laatste geval kan de betrokkene hier verder blijven, “tenzij het vonnis anders bepaalt”. Deze laatste zinsnede kan verwonderen. We kunnen ons moeilijk indenken dat de burgerlijke rechter een uitspraak kan doen over het verblijfsstatuut van betrokkene. Ook is vooralsnog geen enkele polygaam gehuwde louter op grond van zijn polygame gezinssituatie vervallen verklaard van de Belgische nationaliteit.

**17.** Niet alleen is het verblijf gewaarborgd bij zelfstandig verblijf op grond van nationaliteit. We gaven hierboven reeds aan dat dat eveneens het geval is als er andere gronden zijn tot zelfstandig verblijf. De Dienst Vreemdelingenzaken bevestigde dat laatste alvast voor de hypothese dat de vrouw het voordeel van een putatief huwelijk geniet. Heeft ze inmiddels een recht op vestiging verworven, dan zal ze haar verblijf in België kunnen voortzetten.

**18.** Daarnaast neemt de Dienst Vreemdelingenzaken aan dat indien uit het vonnis blijkt dat de echtgenoot te kwader trouw<sup>24</sup> een polygaam huwelijk is aangegaan en de tweede echtgenote niet op de hoogte was van de polygamie, haar verblijfstitel haar niet zal worden ontnomen. Goede trouw kan m.a.w. een afwijking rechtvaardigen van de toepassing van art. 20 Vreemdelingenwet dat een verwijdering vooropstelt van de niet-gevestigde vreemdeling die niet langer voldoet aan de voorwaarden tot verblijf.

**19.** Ook kan de Dienst Vreemdelingenzaken op grond van humanitaire redenen, zoals het verblijf in België van gemeenschappelijke kinderen, de vrouw niettemin machtigen tot voortzetting van haar verblijf, op basis van artikel 9, derde lid van de Vreemdelingenwet<sup>25</sup>.

Gemeenschappelijke kinderen kunnen de kans op verblijf vergroten. Is de vader

<sup>23</sup> Communicatie van de Dienst Vreemdelingenzaken, brief 17 december 2001.

<sup>24</sup> I.e. in het – veronderstelde – besef dat het huwelijk in België niet zou worden erkend.

<sup>25</sup> Zie ook bv. naar Duits recht: BverwG. 30 april 1985, BVerwGE 71, 228, IPRax 1985, 351, JZ 1985, 740, noot KIMMINICH (cf. *infra*). We vermoeden dat naar Nederlands recht eerder geoordeeld zal worden in dezelfde lijn als de hieronder aangehaalde Franse rechtspraak. Het Nederlandse gezinsherenigingsrecht staat immers bekend om zijn *elsewhere approach*.

een gevestigde vreemdeling, dan zal een machtiging vermoedelijk worden gesteund op de overweging dat van de vader redelijkerwijze niet kan worden verwacht dat hij het grondgebied verlaat om zijn familieleden elders voort te zetten<sup>26</sup>. De polygame gezinssituatie kan zich hier evenwel tegen verzetten. De Franse Conseil d'Etat heeft alvast geoordeeld dat de echtgenote van een polygame man bij wie reeds een andere echtgenote verblijft, ook niet op grond van haar moederschap van de kinderen die bij hem verblijven om gezinshereniging of een machtiging tot verblijf kan verzoeken<sup>27</sup>. Het is daarbij van geen belang of het verzoek uitgaat van de eerste of van een latere echtgenote.

Niet-gemeenschappelijke kinderen van de moeder zullen haar in elk geval moeten volgen. Ook zij vallen zonder verblijfstitel. Bezitten ze inmiddels de Belgische nationaliteit, dan zullen ze niettemin in België kunnen blijven. Hun moeder zal dat vermoedelijk eveneens kunnen als er voldoende tekenen zijn van effectief gezinsleven<sup>28</sup>.

**20.** Ook langdurig verblijf van een vrouw te goeder trouw die evenwel nog niet beschikt over een zelfstandig verblijfsrecht, bv. omdat ze de vestiging nog niet aanvraag, kan tot een 'regularisatie' aanleiding geven, rekening houdend met de vraag of ze al dan niet nog banden heeft behouden met haar herkomstland<sup>29</sup> en of ze daar redelijkerwijze nog op opvang kan rekenen<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> M. BOBRUSHKIN en P. HUGET, "Etrangers en situations pré et postnatales en Belgique: quels droits?", *J.T.* 2001, 856, vermelden tevens de situatie dat de vader niet voor het kind kan of wil zorgen. Waarom ze menen dat in dergelijke situatie aan de moeder een verblijfsmachtiging moet worden verstrekt, en niet kan worden vereist dat het kind de moeder vervoegt in het buitenland, is onduidelijk.

<sup>27</sup> C.E. fr. 2 oktober 1996, *Gaz. Pal.* 1998, 21: art. 8 E.V.R.M. is niet geschonden. Tot de invoering van art. 15bis wet van 24 augustus 1993 ("la carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie, ni aux conjoints d'un tel ressortissant") gold dergelijke bescherming wél, ook t.a.v. de polygame vader: Versailles 14 februari 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 510. Hierover: F. JAULT-SESEKE (1996), 101-108.

<sup>28</sup> Een weigering van verblijf aan de ouders negeert immers de band van het kind met het grondgebied, te meer in het geval van een verwijdering terwijl de ouders zelf reeds sinds enige tijd verblijf houden: F. MONEGER, "L'étranger parent d'un enfant français. Le droit des étrangers au respect de leur vie privée et familiale (art. 8 CEDH)", in H. FULCHIRON (ed.), *Les étrangers et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1999, 197.

<sup>29</sup> Daarbij rijst de vraag of de polygame gezinssituatie op zich niet volstaat om te besluiten dat er nog ernstige banden met de islam, en daarmee met het land van herkomst zijn blijven voortbestaan. Wij menen dat dit element niet in aanmerking kan worden genomen. Banden met de islam wijzen niet noodzakelijk op bewaarde banden met het herkomstland. Bovendien beletten deze banden niet dat de tweede echtgenote mogelijk maatschappelijk reeds op overtuigende wijze is geïntegreerd. Zie evenwel het tegengestelde standpunt van de Franse wetgever: cf. *infra*, weigering van vestiging. Zie ook de onmogelijkheid voor een polygaam gehuwde, naar Belgisch, Frans en Nederlands recht, om genaturaliseerd te worden.

<sup>30</sup> Daarbij moet rekening worden gehouden met sociale factoren, zoals de te verwachten reactie van de familie op de niet-erkenning van het polygame huwelijk. Wekt de situatie de schijn van een verstoting, dan is het denkbaar dat de vrouw niet langer welkom is in haar familie. Vervolgens rijst de vraag hoe wij daarmee moeten omgaan. Moeten we rekening houden met haar feitelijke situatie, of kunnen we ons afzijdig houden met de stelling dat we geen rekening wensen te houden met de gevolgen van rechtsfiguren waartegen onze openbare orde zich verzet, zoals polygamie en verstoting?

**\* Een recht op voortgezet verblijf voor de eerste echtgenote na verstoting, echtscheiding of nietigverklaring van haar huwelijk?**

21. We staan hier tevens stil bij de vraag welke aanspraken de eerste echtgenote nog kan laten gelden die is verstoten door haar polygame echtgenoot, mogelijk onder druk van de regel dat hij zich slechts door één echtgenote kan laten vervoegen. De verstoting zal in België niet worden erkend, zeker niet indien de eerste echtgenote zich ertegen verzet<sup>31</sup>. Bijgevolg zal de man zijn volgende echtgenote niet kunnen laten overkomen. Hij zal ertoe genoodzaakt worden een echtscheiding naar Belgisch recht aan te gaan.

22. Na de echtscheiding kan de volgende echtgenote het land binnenkomen, ongeacht of de eerste echtgenote haar verblijf voort kan zetten.

Geniet de eerste echtgenote nog geen zelfstandig recht op verblijf, dan zal ze in beginsel worden verwijderd.

Het is evenwel denkbaar dat de echtscheiding naar Belgisch recht niet wordt erkend in het land van herkomst. Dat kan bv. het geval zijn wanneer de vrouw zonder medewerking van de man echtscheiding heeft gevorderd op grond van polygamie, om op die manier haar financiële positie veilig te stellen met een onderhoudsuitkering. In bepaalde rechtsordes wordt een echtscheiding zonder medewerking van de echtgenoot niet erkend. Nederlandse rechtspraak heeft dat reeds aangenomen t.a.v. Marokkanen en heeft erop gewezen dat dergelijke echtscheiding het risico met zich meebrengt dat de vrouw in Marokko gerechtelijk wordt vervolgd. Op die grond kan haar situatie een voldoende humanitaire grondslag vormen voor voortgezet verblijf<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cf. *supra* hoofdstuk 2, randnrs 25 e.v.

<sup>32</sup> Rb. 's-Gravenhage, z.p. Amsterdam 7 mei 1998, *Nemesis rechtspraak* (Ndl.) 1999, afl. 3, 24. In casu had de vrouw de echtscheiding gevorderd na mishandeling. Er werd haar evenwel geen recht op voortgezet verblijf toegekend omdat ze te weinig inspanningen zou hebben geleverd om haar situatie minder moeilijk te maken terwijl dat mogelijk was gebleken. De betrokkene had aangedrongen op een echtscheiding naar Nederlands recht, terwijl haar echtgenoot om een echtscheiding naar Marokkaans recht had gevraagd. Deze laatste echtscheiding was geldig geweest naar Marokkaans recht, zodat er geen problemen zouden zijn gerezen i.v.m. de erkenning ervan en het verblijf in Marokko. Tegen dit oordeel in menen we de bedenking te mogen formuleren dat niet van de rechtsonderhorige kan worden verwacht dat ze, anticiperend op mogelijke problemen, hiermee rekening zou houden. Mogelijk heeft het Nederlandse recht haar een betere onderhoudsregeling geboden en is begrijpelijk dat ze vanuit deze meer prangende bekommernis heeft gekozen voor de toepassing van Nederlands recht. Haar goede integratie in Nederland maakte de keuze voor het Nederlandse recht nog begrijpelijker.

## A.2. SCHENDING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

### A.2.A. DE LOUTER NUMERIEKE BEPERKING IMPLICEERT DAT MOGELIJK HET EERSTE HUWELIJK NIET IN BELGIË KAN WORDEN BELEEFD

#### \* *Probleemstelling*

23. In de praktijk blijkt een '*first comes, first takes*'-beginsel te worden toegepast op polygame gezinsrelaties. Het recht op gezinshereniging is niet principieel beperkt tot de eerste echtgenote. Verzoekt de tweede echtgenote als eerste van beide vrouwen om een recht op verblijf in België, dan blijft de eerste echtgenote in de kou staan bij een latere aanvraag. Zulks gebeurt niet louter bij vergissing, m.n. in geval de Dienst Vreemdelingenzaken niet op de hoogte was van het bestaan van een eerder huwelijk. Aan de betrokkenen wordt wel degelijk daadwerkelijk de keuze gelaten wie van de echtgenotes naar België kan overkomen<sup>33</sup>. Dit is ons bevestigd door de Dienst Vreemdelingenzaken<sup>34</sup>.

24. Ook al beschikken we niet over Belgische rechtspraak die aantoonde dat effectief een keuzerecht geldt, rechtspraak en wetgeving uit de ons omringende Staten doen dat wel. De Franse wet van 24 augustus 1993 (*loi Pasqua*) lijkt met de inlassing van een nieuw art. 30 in de verblijfsordonnantie van 2 november 1945, een wettelijke grondslag te hebben verleend aan het genoemde keuzerecht, daar ze het heeft over '*un premier conjoint*' en niet over '*le premier conjoint*' die als enige wordt toegelaten tot het verblijf<sup>35</sup>.

Ook in Nederland blijkt in de praktijk niet noodzakelijk steeds de eerste echtgenote tot het verblijf te moeten worden toegelaten. Ook daar is de bepaling dusdanig geformuleerd dat een optierecht bestaat<sup>36</sup>. De tweede echtgenote kan

<sup>33</sup> L. WALLEYN, "Gezinshereniging van niet E.U.-vreemdelingen na de wet van 6 augustus 1993", *T. Vreemd.* 1995, 12; M. NYS, "Le regroupement familial. Des droits et des protections", *Rev. dr. étr.* 1996, 497, verwijst daarentegen naar de eerste echtgenote.

<sup>34</sup> Communicatie met de Dienst Vreemdelingenzaken, 17 december 2001.

<sup>35</sup> Ook in art. 30, tweede lid, waar wordt gesteld dat een tweede echtgenote die bij vergissing een verblijfstitel werd toegekend, deze bij ontdekking wordt ontnomen. Zie ook expliciet: Csl d'Et. 2 oktober 1996, *Gaz. Pal.* 1998, 21; F. MONEGER, "Les musulmans devant le juge français", *JDI Clunet* 1994, 365, lijkt daarentegen te menen dat de regeling wel degelijk een verbod van gezinshereniging voor specifiek de tweede echtgenote vooropstelt.

<sup>36</sup> VcB 19.2.2.1, c; R.v.St. 28 februari 1980, nr. A-2.0432 (1979), *Gids Vreemdelingenrecht*, Jur. D13-52, p. 301: m.b.t. het verzoek tot gezinshereniging door de dochter uit het eerste huwelijk, terwijl de polygame man reeds met zijn tweede vrouw in Nederland leefde, oordeelde de Raad van State: "De redelijkheid van deze – niet met enige wettelijke bepaling strijdende – richtlijn dient uitsluitend te worden beoordeeld aan de hand van het door verweerder in het algemeen gevoerde vreemdelingenbeleid (...) Van schending van art. 8 EVRM kan reeds hierom geen sprake zijn omdat het gezinsleven welke bescherming dit artikel beoogt, te dezen niet in het geding is"; R.v.St. 21 augustus 1978, *RV* 1978, 32; S. RUTTEN, *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, Kampen, J.H. Kok, 1988, 35; S. RUTTEN, "Ontwikkelingen in de rechtspraak inzake polygame huwelijken", (noot onder R.v.St. Ndl. 3 juli 1990), *N.J.C.M.* 1991, 433; L. JORDENS-COTRAN, "De Islam in het Nederlandse rechtssysteem", in VERENIGING TOT BESTUDERING VAN HET RECHT VAN DE ISLAM EN HET MIDDEN OOSTEN (ed.), *Islam in West-Europa. De plaats van de Islam en het islamitische recht in de West-Europese rechtssystemen*. Reeks Recht

als eerste verzoekster tot het verblijf worden toegelaten in toepassing van de leer van het voldongen feit. De Nederlandse rechtspraak gaat m.n. zo ver dat een polygaam huwelijk in Nederland erkend moet worden zodra de polygame man niet de Nederlandse nationaliteit heeft, het eerste huwelijk geen nauwe banden met de Nederlandse rechtsorde heeft en het polygame huwelijk in het buitenland rechtsgeldig is aangegaan<sup>37</sup>. Gezien de burgerrechtelijke erkenbaarheid van het tweede huwelijk<sup>38</sup> moet ook een toelating tot het verblijf mogelijk zijn. Beide echtgenotes worden in beginsel op voet van gelijkheid behandeld, weliswaar met de beperking van de benadering '*first comes, first takes*'.

### - De Franse regeling

**25.** De tussenkomst van de Franse wetgever (*Loi Pasqua*) was een reactie op de uitspraak van de Franse Raad van State in de zaak Montcho<sup>39</sup>. We gaan even op deze uitspraak in, omdat de maatschappelijke reactie die erop volgde sterk illustreert dat het grondwettelijk hof (*in casu* op 13 augustus 1993) in bepaalde gevallen zijn fiat geeft aan wetgeving (*in casu de Loi Pasqua*) die nochtans indruist tegen grondbeginselen (*in casu* het recht op een normaal gezinsleven, ook voor polygame gezinsverbanden – arrest-Montcho) die eerder door de hoogste rechtscolleges (*in casu Conseil d'état*) beschermd werden.

**26.** Montcho was Beninees en was in Benin achtereenvolgens met twee Beninese vrouwen gehuwd. Hij kwam met de eerste en de gemeenschappelijke kinderen naar Frankrijk. De tweede echtgenote vestigde zich kort daarna met haar kinderen dichtbij zijn woonst, maar vroeg geen legaal verblijf aan. Vijf jaar later wilde mijnheer Montcho de verblijfssituatie van zijn tweede echtgenote regulariseren. De préfet weigerde dat en gaf vrouw en kinderen een bevel om het grondgebied te verlaten. In eerste aanleg sprak de administratieve rechtbank uitstel van uitvoering uit. De minister van binnenlandse zaken betwistte deze uitspraak bij de Raad van State. Deze bevestigde het oordeel van de administratieve rechtbank dat de préfet niet zonder meer wegens de polygame gezinssituatie had mogen besluiten dat de aanwezigheid van de vrouw op het grondgebied strijdig was met de openbare orde. "Pour un Dahomien polygame, la vie familiale normale suppose la présence de ses deux épouses".

**27.** De Franse Raad van State heeft aldus het recht op een normaal gezinsleven afgestemd op de concrete situatie van de betrokkenen. Het buitenlandse gezinsconcept wordt beschermd, dit i.t.t. wat de ons bekende rechtspraak voorheen had gesteld inzake sociale zekerheid. De toenmalige verwijzing naar 'echtgenoot' (in het enkelvoud) in het gezinsherenigingsrecht moest ook volgens de annotatoren van het arrest niet worden geduid als aanwijzing dat het Franse gezinsconcept centraal staat, maar als een vergetelheid: de wetgever had

---

*van de Islam*, nr. 10 (10de RIMO-symposium), Maastricht, RIMO, 1992, 38.

<sup>37</sup> A.P.M.J. VONKEN, *Artikelsgewijs commentaar personen- en familierecht*, o.c., 10.2.

<sup>38</sup> We stemmen hier niet mee in: cf. *supra*.

<sup>39</sup> C.E. fr. 11 juli 1980, zaak-Montcho, *R.C.D.I.P.* 1981, 658, noot J.M. BISCHOFF, *A.J.D.A.* 1980, 523, noot FEFER en PINAULT.

vergeten te denken aan de hypothese van polygamie en had zeker niet beoogd de andere echtgenote uit te sluiten<sup>40</sup>.

Deze gevolgtrekking is o.i. wat ver gezocht, minstens voor zover ze in algemene termen is gesteld. De stelling "la vie familiale normale suppose la présence de ses deux épouses" wekt immers de indruk dat ook de binnenkomst aan beide echtgenotes zou moeten zijn toegelaten, was daarom gevraagd geweest<sup>41</sup>. Het Hof voor de Mensenrechten maakt evenwel nog steeds een onderscheid tussen reeds in het land van verblijf bestaand familieleven en nog te vormen, voorgenomen familieleven (al dan niet reeds vorm gegeven in een andere Staat). Het E.V.R.M. beschermt hoogstens tegen een verwijdering uit een Staat waar nabije verwanten wonen<sup>42</sup>. Het Verdrag stelt daarentegen niet het *recht* in om in een bepaalde Staat binnen te komen en te verblijven of niet te worden verwijderd<sup>43</sup>.

**28.** Met de regularisatie van het illegale verblijf van de polygame vrouw en haar kinderen werd in het arrest-Montcho de tegenargumentering verlaten dat "s'agissant d'une disposition française de police, seuls les concepts français pouvaient être utilisés pour sa mise en oeuvre". Het leek erop dat er voortaan definitief rekening zou moeten worden gehouden met buitenlandse gezinsconcepten. De doelstelling zelf van het gezinsherenigingsrecht wijst zulks uit. Vreemdelingen met wettig verblijf worden de kans gegeven om een normaal familieleven te leiden. Wat normaal is, wordt ingevuld door datgene waar de concrete vreemdeling zich aan kan verwachten, *i.e.* wat zijn personele wet ter zake bepaalt<sup>44</sup>. "Une vie normale en France pour un étranger nécessite le respect des normes culturelles de la société de son pays d'origine et autorise donc le regroupement des familles polygamiques"<sup>45</sup>.

**29.** De reactie bleef evenwel niet lang uit. De wetgever voelde zich gesteund door de stellingname van meerdere buitenlandse vrouwen dat polygamie niet transposeerbaar is in onze samenleving, omdat beide vrouwen hier volledig afhankelijk zijn van de man, terwijl ze in het land van herkomst in de hele gemeenschap worden opgenomen<sup>46</sup>. Op basis van de stellingen van het Franse Haut Conseil à l'Intégration in zijn rapport van 1992 wordt voortaan niet alleen gezinshereniging van polygame gezinnen uitgesloten, maar geldt tevens dat "la polygamie fait obstacle à l'acquisition du droit de séjour à titre de résident permanent"<sup>47</sup>. Ook al verblijft een vreemdeling reeds 10 jaar in Frankrijk of heeft hij kinderen met de Franse nationaliteit, hij verwerft geen recht op vestiging

<sup>40</sup> J.-M. BISCHOFF, noot onder arrest-Montcho, *R.C.D.I.P.* 1981, 660.

<sup>41</sup> Een weigering zou in combinatie met de verplichting om elk illegaal verblijf te regulariseren bovendien slechts uitmonden in meer pogingen tot illegale binnenkomst.

<sup>42</sup> Hof Mensenrechten, arrest-Moustaquim.

<sup>43</sup> Zie voorheen reeds E.C.R.M. nr. 9203/80, 5 mei 1981, *D.R.* 24, 239.

<sup>44</sup> In ons voorstel beperkt tot het ogenblik waarop hij een stabiel verblijfsstatuut heeft.

<sup>45</sup> J.M. BISCHOFF, noot onder arrest-Montcho, *R.C.D.I.P.* 1981.

<sup>46</sup> F. JAULT-SESEKE, *doct.*, 107.

<sup>47</sup> HAUT CONSEIL À L'INTEGRATION, *Conditions juridiques et culturelles de l'immigration*, La Documentation française, 1992, 30.

zolang de polygamie voortbestaat<sup>48</sup>. Ook wordt een verlenging van de verblijfstitel of van de reeds verworven vestigingstitel<sup>49</sup> niet langer automatisch afgeleverd aan polygaam gehuwden. De betrokkene zal moeten aantonen dat zijn recht op familie- of privéleven door de weigering onevenredig is geschonden.

Reeds bij de toelating tot het verblijf moet elke vreemdeling die onderdaan is van een Staat die polygamie erkent, bovendien een verklaring op eed afleggen dat hij geen polygaam gezinsleven in Frankrijk zal leiden<sup>50</sup>. Polygamie zou integratie in de Franse samenleving tegenwerken<sup>51</sup>.

De *Loi Pasqua*<sup>52</sup> is door de *Conseil Constitutionnel* verenigbaar bevonden met de grondwet, vanuit de overweging dat "les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas *contraires à la constitution*"<sup>53</sup>.

**30.** Recent is gedeeltelijk teruggekomen op de gestrengheid waarmee de *Wet Pasqua* retro-actief wordt toegepast op gezinnen die Frankrijk reeds voor 1993 waren binnengekomen. Ook al konden deze vreemdelingen in het licht van art. 8 E.V.R.M. niet verwijderd worden, wegens langdurig verblijf of kinderen in Frankrijk, een hernieuwing van hun verblijfstitel of tijdelijke verblijfstitel werd hen systematisch geweigerd op grond van polygamie.

<sup>48</sup> De *Loi Pasqua* voegde een art. 15bis toe aan Ord. 2 november 1945: "La carte de résident (dix ans) ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résident délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être rétirée".

<sup>49</sup> D.L., "Polygamie: ne pas se tromper de combat", *Plein droit* (fr.) 1997, nr. 36-37, 53, wijst erop dat de weigering om de verblijfstitel te verlengen niet wettig is, aangezien art. 16 ord. verwijst naar art. 15bis (weigering om de vestigingstitel in de toekomst af te leveren), waarvan art. 37 bepaalt dat het niet toepasselijk is op vreemdelingen die reeds een vestigingstitel bezaten voor de inwerkingtreding van de wet... Ook al verwijst art. 37 niet naar art. 16: de bepaling in dat artikel dat de vestigingstitel automatisch wordt verlengd, "sous réserve des dispositions de l'article 15bis" laat toe te besluiten tot een impliciete verwijzing. Hierover ook N. FERRÉ, "Quand la polygamie est entrée dans la loi", *Plein droit* 2001, afl. 51, 8.

<sup>50</sup> Loi Debré 24 april 1997; C.E. fr. 18 juni 1997, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI), Association France-Terre d'Asile, *aangeh.* in D.L., "Polygamie: ne pas se tromper de combat", *Plein droit* (fr.) 1997, nr. 36-37, 53 : beroep tegen décret 2 september 1994 dat van de vreemdeling die om een verlenging van zijn vestigingstitel verzoekt, vereist dat hij in een verklaring op woord van eer stelt geen polygaam gezinsleven in Frankrijk te leiden. De voorwaarde blijft tot op vandaag bestaan (licht gewijzigd door art. 7, 12 en 19 tot 24 décret 99-352 van 5 mei 1999, J.O. 7 juni 1999) en figureert in art. 7-3, 10 en 11 tot 12-2 Décret 98-864, 23 september 1998, réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers, <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/MBHAV.htm>.

<sup>51</sup> N. GUIMEZANES, "Les étrangers et les récentes réformes du droit de l'immigration et de la nationalité", *JDI* 1994, 78.

<sup>52</sup> Over de voorbereiding ervan, zowel wat betreft maatschappelijke standpunten, als politiek: F. JAULT-SESEKE, *doct.*, 108.

<sup>53</sup> Cons. constit. 13 augustus 1993, nr. 93-325 DC, *aangeh.* in Proposition de loi, *Document de l'Assemblée nationale*, nr. 37 en in de Omz. van 25 april 2000 (*cf. infra*).



In de loop der jaren is de houding versoepeld. Zo wordt aangenomen dat partners die sinds geruime tijd in polygaam gezinsverband in Frankrijk verblijven – de minister heeft het in een parlementaire vraag over tien jaar verblijf – in het licht van hun privéleven<sup>54</sup> het recht hebben om tot een voortzetting van hun verblijf te worden gemachtigd<sup>55</sup>.

Ook is t.a.v. vreemdelingen die vóór 1993 wél nog over een verblijfstitel beschikten, toegang tot de arbeidsmarkt verleend, ook al blijft hun verblijf illegaal<sup>56</sup>.

31. Dit neemt niet weg dat de verblijfstitel nog steeds wordt ontnomen aan elke vreemdeling die meer dan één echtgenote of de kinderen van de andere echtgenote, behoudens in de wettelijk toegestane gevallen, heeft laten overkomen<sup>57</sup>. Slechts de echtgenote die als eerste gezinshereniging heeft aangevraagd, behoudt haar recht op verblijf<sup>58</sup>. De polygame man wordt verwijderd, tenzij hij de polygamie beëindigt d.m.v. echtscheiding of reeds sinds tien jaar in Frankrijk verblijft.

De vreemdeling die reeds vóór 1993 over een verblijfstitel beschikte, ontvangt m.n. na een verblijf van minstens tien jaar een titel voor tijdelijk verblijf gedurende een jaar als 'salarie' of 'travailleur non salarié', zonder dat hij een bewijs van

<sup>54</sup> "Il ne fait aucun doute que le refus de leur accorder la possibilité de demeurer légalement en France porterait une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de leur vie 'privée', compte-tenu des liens multiples établis de longue date en France". De minister verwijst niet naar een feitelijk familieleven.

<sup>55</sup> Parl. Vr. Député T. MARINI, beantwoord door P. Chevènement, toenmalig minister van Binnenlandse Zaken, J.O. AN 28 augustus 2000, *aangeh.* in X., "Polygamie: mieux vaut tard...", *Plein droit* 2000, nr. 46, 19.

<sup>56</sup> Zelfde parlementaire vraag: "en outre, la nécessité économique dans laquelle se trouvent, le plus souvent, les intéressés de subvenir aux besoins de leurs enfants a été prise en considération dans la décision d'accorder à ces personnes un titre leur permettant de travailler". De maatregelen daartoe zijn nader uitgewerkt in een min. omz. 'relative au renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993, 25 april 2000, *onuitg., besproken* in o.m. *Actualités sociales hebdomadaires* 7 juli 2000, nr. 2174.

Vergelijk met voorheen: GISTI, 'Polygamie: ne pas se tromper de combat', *Plein droit* 1997, nr. 36-37.

<sup>57</sup> Art. 15bis Ord.: "Par dérogation aux dispositions des articles 14 et 15, la carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résident délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée"; art. 30, tweede lid Ord.: "Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré"; art. 37 Ord.: "Les dispositions sur le retrait des titres de séjour prévus à l'article 15 bis, au dernier alinéa du IV de l'article 29 et au deuxième alinéa de l'article 30, dans leur rédaction issue de la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, ne sont applicables qu'à des étrangers ayant reçu un titre de séjour après l'entrée en vigueur de cette loi".

<sup>58</sup> Deze politiek is bevestigd in de Omz. van 25 april 2000 van de minister van Binnenlandse Zaken betreffende 'le renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993'.

tewerkstelling moet voorleggen. Na verloop van dat jaar geniet hij evenwel slechts een hernieuwing van zijn verblijfstitel als de polygamie beëindigd is. Het bewijs daarvan moet geleverd worden d.m.v. een officiële juridische akte die aangeeft dat het huwelijksvermogensregime is gewijzigd of middels elk document dat aangeeft en aldus toelaat te bewijzen dat de betrokkenen effectief een verschillende domicilie hebben of dat alle andere echtgenotes dan de eerste Frankrijk hebben verlaten. De omzendbrief vermeldt tevens dat het bezit van de Algerijnse nationaliteit<sup>59</sup> of het ouderschap van kinderen met de Franse nationaliteit of een regelmatig verblijf sinds vijftien jaar de verwijdering eveneens voorkomt. Ook kunnen de kinderen niet het slachtoffer zijn van de polygamie. Zij genieten een verblijfstitel die overeenstemt met de titel waarover hun rechtgevende ouder beschikte op de dag dat het kind tot de gezinshereniging werd toegelaten. Hun verblijf is m.a.w. gewaarborgd.

**32.** De reactie op het arrest-Montcho illustreert hoezeer tot nog toe burgerrechtelijke en verblijfsrechtelijke gevolgen van het huwelijk van elkaar worden losgekoppeld. Dat blijkt niet alleen uit de vaststelling dat in het verblijfsrecht slechts rekening wordt gehouden met één huwelijk en andere huwelijken met dezelfde man volledig worden genegeerd<sup>60</sup>, terwijl in het burgerlijk recht mogelijk bepaalde rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan het polygame huwelijk. Ook blijkt dat de burgerlijke rechter<sup>61</sup> zelden stilstaat bij de verblijfsrechtelijke positie van de partijen. In enkele zaken waarbij beide vrouwen in Frankrijk een rechtsgevolg van hun polygame huwelijk wilden afdwingen nadat hun polygame echtgenoot erin was geslaagd om ze allebei op wettige wijze naar Frankrijk te laten overkomen, hebben noch de burgerlijke rechter, noch de annotatoren bij het arrest enige allusie gemaakt op het feit dat beiden rechtsgeldig in Frankrijk konden verblijven<sup>62</sup>. Enkele jaren later, met het arrest-Montcho, lokte net dat element een grote maatschappelijke en politieke reactie uit.

**33.** Het verdient nochtans de voorkeur dat een rechtsvordering wordt beoordeeld in zijn hele context. Het is niet aangewezen dat bv. een burgerlijke rechter weigert om een rechtsgevolg te verbinden aan een huwelijk, dat nochtans in het verblijfsrecht aan de grondslag heeft kunnen liggen van gezinshereniging. Zo ook menen we dat het niet getuigt van juridisch evenwicht om de wettige echtgenote van een verblijfhouder de toegang tot het Rijk te ontfemen, omdat hij zich reeds heeft laten vervoegen door een andere echtgenote, terwijl dat huwelijk in België niet kan worden erkend. Zolang er sprake is van effectief gezinsleven menen we dat ook t.a.v. polygame gezinsverbanden het wettige gezin bij voorkeur

<sup>59</sup> In toepassing van het Frans-Algerijnse akkoord dat geen reserves formuleert t.a.v. polygamie.

<sup>60</sup> Behalve eventueel in het kader van een machtiging tot verblijf omwille van humanitaire omstandigheden.

<sup>61</sup> Het Hof van Cassatie inbegrepen, zoals blijkt uit het arrest-Montcho.

<sup>62</sup> Cass. fr. 28 januari 1958, *R.C.D.I.P.* 1958, 110, noot JAMBU-MERLIN; Cass. fr. 19 februari 1963, arrest-Chemouni, *J.D.I. Clunet* 1963, 986, noot PONSARD, *R.C.D.I.P.* 1963, 559, noot HOLLEAUX; T.G.I. Seine 16 oktober 1967, *J.D.I. Clunet* 1969, 406, noot P. KAHN: tweederangshuwelijk met Vietnamese.

bescherming verdient en dat feitelijk gezinsleven, waaronder gezinsleven dat naar Belgische rechtsopvattingen juridisch niet erkenbaar is, pas op het tweede plan komt. Pas indien een lid van dat wettige gezin vrijwillig afstand doet van zijn bescherming, kan worden overwogen om een derde met wie een ander gezinslid feitelijk gezinsleven heeft in diens plaats bescherming te bieden. *In casu* betekent dat dat o.i. gezinshereniging wél kan worden overwogen t.b.v. de tweede of verdere echtgenote als de eerste echtgenote daar vrijwillig afstand van doet<sup>63</sup>.

Daarbij zou weliswaar eveneens een discrepantie ontstaan met het familierecht. In dat geval heeft het familielid dat daarvan het 'slachtoffer' is, evenwel vrijwillig voor die rol gekozen en heeft het zo tevens te kennen gegeven dat het niet onmiddellijk andere rechtgevolgen van zijn personele staat zal afdwingen. We benadrukken evenwel dat dergelijke 'correctie' op de juridische realiteit beperkt moet blijven tot die situaties waar de omstandigheden het rechtvaardigen. Wordt de eerste echtgenote niet de kans geboden om een stap terug te doen, dan kan haar dat zuur opbreken. Gaat de voorkeur van de man uit naar zijn tweede of volgende echtgenote, en wordt hem verblijfsrechtelijk geen alternatief geboden, zoals vandaag het geval is met de *first comes, first takes*-regel, dan gaat hij mogelijk over tot een verstoting van zijn eerste vrouw. Deze is daarmee slechter af, zowel sociaal als juridisch beschouwd. Haar personeel recht verbindt immers aan een verstoting vooralsnog geen onderhoudsvordering. Ze zal hoogstens een *mout'a* (troostprijs) ontvangen. Wordt de verstoting in België niet erkend, dan zal de man overgaan tot een echtscheiding. Ook als de vrouw daarbij een onderhoudsuitkering is toegekend, zal ze die moeilijk kunnen afdwingen vanuit haar land van herkomst.

**34.** Rekening houdend met de feitelijke situatie lijkt een keuzerecht voor de eerste echtgenote daarom wenselijk. Het risico dat ze tot een keuze in haar nadeel wordt gedwongen, kan niet worden uitgesloten. Ook dan evenwel menen we dat haar feitelijke situatie nog meer gediend is met dergelijke verplichte afstand dan met een verstoting. Ze blijft in haar land van herkomst immers beschouwd worden als een wettige echtgenote van de man. Hij zal, mogelijk mede onder druk van zijn familie in het land van herkomst, voort blijven instaan voor haar onderhoud.

**35.** Door te bepalen dat de verblijfstitel binnen het jaar na zijn uitreiking ingetrokken kan worden en dat hernieuwing geweigerd kan worden zolang de samenwoning voortduurt<sup>64</sup>, stimuleert de Franse regeling de polygame man tot op vandaag evenwel tot verstoting van zijn eerste echtgenote. In het Franse

<sup>63</sup> Met dank aan prof. Foblets voor deze suggestie. Tussen de verdere echtgenotes zou in die hypothese wél een *first come, first take*-beginsel kunnen gelden. Het verblijfsrecht zou immers worden beschouwd als een toelaatbaar rechtsgevolg van het polygame huwelijk. Aangezien geen van de opvolgende huwelijken burgerrechtelijk erkenbaar is, hoeft geen enkel ervan in dit verband de voorkeur te genieten.

<sup>64</sup> Art. 29 IV Ord. 2 november 1945 en Omz. 1 maart 2000 m.b.t. de gezinshereniging van vreemdelingen.

verblijfsrecht wordt aanvaard dat een verstoting een eind kan stellen aan een wederrechtelijke situatie van polygamie<sup>65</sup>. Of daarbij al dan niet rekening is gehouden met de rechten van de verdediging, lijkt niet te worden nagegaan. Hetzelfde gebeurt overigens naar Belgisch recht<sup>66</sup>. Het Belgische en het Franse I.P.R. hanteren nochtans beide strenge criteria voor de erkenning van eenzijdige verstotingen<sup>67</sup>. De enkele sociale tegemoetkomingen waar naar Frans recht in wordt voorzien voor de verstoten echtgenote wegen niet op tegen het nadeel van die verstoting<sup>68</sup>.

### - De Nederlandse regeling

**36.** De Nederlandse Raad van State is geleidelijk aan, o.i.v. E.C.R.M.-rechtspraak die polygaam familieleven onder de bescherming van art. 8 E.V.R.M. plaatste<sup>69</sup>, teruggekomen van zijn principiële afwijzing van gelijktijdig gezinsleven met twee echtgenotes en hun kinderen<sup>70</sup>. De Raad onderzoekt voortaan geval per geval of er sprake is van feitelijk gezinsleven<sup>71</sup>. Het *elsewhere*-beginsel wordt hierbij toegepast: kan het gezinsleven in het buitenland worden beleefd, dan wordt verblijf alsnog geweigerd<sup>72</sup>. Op die grond lijkt de Raad van State steeds

<sup>65</sup> E. ANDREZ, "Une reconnaissance de fait de la répudiation?", *Plein droit* 2001, afl. 51, 15.

<sup>66</sup> Het Ministerie van Binnenlandse Zaken heeft bevestigd dat een verstoting van de eerste vrouw in België, de man toelaat om zich te laten vervoegen door de tweede echtgenote: Brief Ministerie van Binnenlandse Zaken 27 april 2000, S. POELAERT, met antwoord A. MISTLER, adviseur bij de Algemene Directie van de Dienst Vreemdelingenzaken op enkel vragen, gesteld n.a.v. de vorming van magistraten jaargang 1999, sessie "De islam en de positie van de vreemdelingen in België".

<sup>67</sup> Cf. *supra*. Voor Frankrijk: o.m. Paris 22 maart 2001, *Dalloz hebdo* 26 april 2001: een echtscheiding, uitgesproken door een Algerijnse rechter, waarbij de vrouw zich verzet en de rechter zijn uitspraak louter motiveert op grond van de macht van de man om eenzijdig de echtscheiding uit te spreken, is een verstoting in strijd met het beginsel van gelijke rechten en verplichtingen bij de huwelijksontbinding (art. 5 zevende protocol bij het E.V.R.M.). Dergelijke verstoting is niet erkenbaar in Frankrijk, ondanks het Frans-Algerijnse en het Frans-Marokkaanse Verdrag van 27 augustus 1964 en 10 augustus 1981, die er eigenlijk op waren gericht om de huwelijksontbinding te erkennen, ongeacht zijn vorm.

<sup>68</sup> Omz. 10 juni 2001 Ministerie van Tewerkstelling en Solidariteit (emploi et solidarité) 'relative au logement des femmes décohabitantes de ménages polygames et engagées dans un processus d'autonomie'.

<sup>69</sup> E.C.R.M. 1967, nr. 2991/66, zaak-Khan t. V.K., *Yearbook X* 1967, 478-507 (de E.C.R.M. heeft zich evenwel, n.a.v. een minnelijke schikking niet ten gronde moeten uitspreken); E.C.R.M. 5 oktober 1987, nr. 12139/86, *Rv* (Ndl.) 1987, 93 (erkenning van het beginsel; evenwel *in casu* geen familieleven aangenomen, o.m. wegens hoge leeftijd zoon).

<sup>70</sup> In die zin: *R.v.St.* (Ndl.) 22 november 1984, *N.J.C.M.* 1985, 649, noot S. RUTTEN; *ArrRb.* Amsterdam 18 januari 1979, *N.J.* 1980, 360; verwijzing door R.A. VAN DER POL, "Het Nederlandse 'polygamiebeleid' en art. 8 E.V.R.M.", *Ars Aequi* 1992, 480-481 en E.D.A.M. ZEGVELD, "De Raad van State en de gezinshereniging", *M.R.* 1990, nr. 2, 24, naar verdere rechtspraak van de Nederlandse Raad van State.

<sup>71</sup> Verwijzing door R.A. VAN DER POL, "Het Nederlandse 'polygamiebeleid' en art. 8 E.V.R.M.", *Ars Aequi* 1992, 480-481 en E.D.A.M. ZEGVELD, "De Raad van State en de gezinshereniging", *M.R.* 1990, nr. 2, 24, naar rechtspraak in *Rv* 1989, 19; *ARRS*, R02.87.2500 van 19 januari 1990, R02.87.1449 van 5 juli 1989, R02.89.1464 van 4 januari 1991; *R.v.St.* 3 juli 1990, *N.J.C.M.* 1991, 430-436, noot S. RUTTEN. O.m. aanneming van gezinsleven tussen de in Nederland verblijvende vader en de negentienjarige dochter uit zijn tweede polygame huwelijk met een vrouw die in Marokko is gebleven. Ondanks de meerderjarigheid werd gezinshereniging toegestaan.

<sup>72</sup> *AB* 1991, 624; *ARRS*, R02.89.3105 van 14 april 1991; R02.89.2257 van 19 februari 1991;

meer te besluiten dat er geen sprake is van inmenging zodra de aanvraag tot verblijf uitgaat van een vreemdeling die voorheen nog niet wettig in Nederland heeft verbleven<sup>73</sup>. Dat neemt niet weg dat de betrokkene op grond van de positieve verplichting tot bescherming van het gezinsleven alsnog tot het verblijf kan worden gemachtigd. De openbare orde wordt evenwel steeds vaker ingeroepen om aan deze positieve verplichting te ontkomen, ook als het de kinderen betreft<sup>74</sup>. Vooral het argument van het economisch welzijn, m.n. op grond van het beroep dat wordt gedaan op de 'openbare kas', ligt vaak aan de grondslag van een verblijfsweigering.

**37.** Het *first come, first take*-beginsel vindt ook in Nederland toepassing<sup>75</sup>. Bepaalde auteurs menen daarentegen dat ook de tweede en verdere echtgenote aanspraak kunnen maken op gezinshereniging, aangezien art. 29, eerste lid e Vw. 2000 geen lidwoord vermeldt vóór de verwijzing naar het recht op gezinshereniging voor 'echtgenote'<sup>76</sup>. We menen dat deze interpretatie vergezocht is.

### - De Duitse regeling

**38.** Ook naar Duits recht kunnen bepaalde rechtsgevolgen worden gekoppeld aan een polygaam huwelijk en staat het loutere bestaan ervan een voortzetting van het verblijf van de tweede echtgenote niet in de weg. Bepaalde sociale rechters besloten hier reeds toe n.a.v. de toekenning van sociale rechten aan de tweede echtgenote van een polygame man<sup>77</sup>. Uit deze sociale bescherming blijkt dat ook een economische belasting van de Staat niet voor elke rechter een voldoende rechtvaardigingsgrond vormt voor een weigering.

**39.** De administratie beschikt evenwel over een discretionaire

---

R02.89.2080 van 8 april 1991; R02.89.0116 van 10 april 1991. Hierover A.H.J. SWART, o.c., 206-211; R.A. VAN DER POL, *I.c.*, 480.

<sup>73</sup> ARRS, R02.89.0730 van 27 augustus 1991 en R02.89.1734 van 19 september 1991; R02.89.3088 van 9 juli 1991; R02.2880 van 3 april 1992, R02.90.1203 van 3 april 1992.

<sup>74</sup> Kritiek op dat laatste, op grond van de overweging dat een kind niet benadeeld kan worden door een nietig huwelijk van zijn ouders (vgl. met art. 203 B.W.): R. FERNHOUT, noot onder Rv 1986, 13; R.A. VAN DER POL, *I.c.*, 482: de behandeling van de tweede echtgenote mag niet zomaar worden doorgetrokken naar de kinderen. Zij zijn nog financieel afhankelijk, jonger en hebben bijgevolg automatisch minder banden met het land van herkomst. Niettemin wordt vooralsnog de verschillende behandeling tussen kinderen uit een polygaam en een monogaam huwelijk gerechtvaardigd bevonden.

<sup>75</sup> Slechts één echtgenote mag zich bij man vervoegen; ook geen kinderen uit een ander, niet herenigd huwelijk: AR 22 november 1984, samengevat in *NJCM* 1985, 649; keert de ene vrouw terug naar haar land van herkomst en komt de andere vrouw hier wonen, dan moeten ook de kinderen van de eerste vrouw terugkeren: AR 28/04/83, *Rekers D-13*, nr. 104.

<sup>76</sup> "die als echtgenoot of echtgenote... feitelijk behoort tot het gezin van de vreemdeling...". Ook R.A. VAN DER POL, "Het Nederlandse 'polygamiebeleid' en art. 8 E.V.R.M.", *Ars Aequi* 1992, 477, meent dat in het verblijfsrecht een polygaam huwelijk wel als geldig kan worden aangemerkt en verwijst naar Vc. 1982, B19.2.2.1, b j° B19.2.2, c.

<sup>77</sup> Verwg. Gelsenkirchen 18 juli 1974, *FamRZ* 1975, 338, noot E. JAYME en 1976, 314, noot CULLMANN. Zie ook AG Heidelberg 15 januari 1985, *IPRax* 1986, 165, bevestigd door OLG Karlsruhe 12 juli 1985, *IPRax* 1986, 166, noot H.J. HESSLER.

beslissingsbevoegdheid<sup>78</sup>. Het Bundesverwaltungsgericht heeft bevestigd dat het polygame huwelijk vreemd is aan de Europese juridische traditie en culturele concepten<sup>79</sup>. Polygamie schendt in westerse ogen het gelijkheidsbeginsel tussen man en vrouw en staat de Europese integratie-idee in de weg<sup>80</sup>. Slechts fundamentele bepalingen, zoals de opvoedingsplicht van ouders jegens hun kinderen, kunnen volgens het Gericht tegen die schending opwegen.

40. Met die uitspraak heeft het Gericht een voorzichtige houding aangenomen t.a.v. polygame gezinsverbanden. Het heeft evenwel bevestigd dat de aanwezigheid van kinderen effectief de voortzetting van het verblijf van de tweede echtgenote vereenvoudigt, ook na nietigverklaring van haar huwelijk. In een aantal zaken is uit de plicht van de ouders om hun kind te onderhouden en op te voeden, een recht op gezinshereniging voor hen afgeleid<sup>81</sup>. Het *Bundesverwaltungsgericht* heeft in dat verband geoordeeld dat de samenwoning van de man met zijn twee vrouwen en kinderen geen strijdigheid met de openbare orde oplevert<sup>82</sup>.

41. Zijn er evenwel geen kinderen geboren uit het polygame huwelijk, dan ligt een toelating tot gezinshereniging reeds minder voor de hand<sup>83</sup>. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft verduidelijkt dat het polygame huwelijk als dusdanig geen specifieke bescherming kan genieten: het is geen gemeenschap in de zin van art. 6§1 van de Grondwet<sup>84</sup>. Ook is de rechtsleer het erover eens dat art. 3 van de Duitse Grondwet, dat het gelijkheidsbeginsel beschermt, niet de verplichting inhoudt om beide echtgenotes gelijk te behandelen<sup>85</sup>.

42. Bovendien volgt uit de formulering van de Europese Resolutie van 1 juni 1993 betreffende de harmonisatie van nationale politieken inzake gezinshereniging, dat het verbod van gezinshereniging met meer dan één echtgenote, zoals verwoord in principe 5, niet kan worden aangevuld met bijkomende voorwaarden. Een verplichte optie voor de eerste echtgenote zou volgens bepaalde auteurs kunnen worden beschouwd als zo'n verboden bijkomende voorwaarde<sup>86</sup>. We

<sup>78</sup> Bundesgerichtshof 30 april 1985, *IPRax* 1985, 351, noot D.H.; §2, eerste lid AuslG.

<sup>79</sup> BverwG. 30 april 1985, *BVerwGE* 71, 228, *IPRax* 1985, 351, *JZ* 1985, 740, noot KIMMINICH, *aangeh.* in F. JAULT-SESEKE (1996), 105.

<sup>80</sup> BverwG. 30 april 1985, *aangeh.*

<sup>81</sup> BverwG. 30 april 1985, *aangeh.* Zie reeds eerder: VG. Gelsenkirchen 18 juli 1974, *FamRZ*. 1975, 338.

<sup>82</sup> BverwG. 30 april 1985, *aangeh.*

<sup>83</sup> Noot KIMMINICH onder BverwG. 30 april 1985, *JZ* 1985, 742, verwacht een weigering in elke hypothese. Weigering, in geval waar tevens de eerste echtgenote Duitse was, zodat uit deze uitspraak niet kan worden afgeleid dat in elk geval van kinderloze polygamie negatief zou worden geoordeeld: OVG Nordrhein Westfalen 7 maart 1985, *IPRax* 1985, 351.

<sup>84</sup> BverfG. 30 november 1982, *BverfGE* 62, 331. Art. 6 Duitse G.G. bepaalt: "(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung. (2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. (4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft".

<sup>85</sup> F. JAULT-SESEKE (1996), 105.

<sup>86</sup> C.D. DE JONG, "Het recht van vreemdelingen op eerbieding van het gezinsleven: rechtsvergelijking", *N.J.C.M.* 1994, 52 (DE JONG heeft als medewerker op het secretariaat-

kunnen met een dergelijk verbod evenwel niet instemmen.

**\* Voorgestelde oplossing**

**- Een onvoorwaardelijk optierecht voor de eerste echtgenote**

**43. Beginsel.** Het huidige optierecht (*first comes, first takes*) gaat in tegen de redelijke verwachting dat de administratieve instanties de familieband definiëren a.h.v. de burgerrechtelijke kwalificatie ervan. Een polygaam huwelijk wordt in België als dusdanig niet erkend, hoogstens naar bepaalde van zijn gevolgen.

Hoe is het mogelijk dat niettemin de tweede echtgenote die als eerste een aanvraag indient tot gezinshereniging, ook daadwerkelijk tot het verblijf wordt toegelaten, meer nog, met uitsluiting van de eerste echtgenote die naar Belgisch recht als enige wettige echtgenote beschouwd wordt?

Alvorens het verzoek van de tweede echtgenote wordt ingewilligd, moet worden nagegaan of het betreffende huwelijk wettig is. De Raad van State heeft zich voorsnog slechts moeten uitspreken over een weigering van gezinshereniging aan de tweede echtgenote in een geval waarbij de man reeds met zijn eerste echtgenote in België samenleefde. De Raad motiveerde zijn bevel om het grondgebied te verlaten met de stelling dat de vrouw door haar polygame huwelijk de openbare orde of de veiligheid van het land in gevaar bracht<sup>87</sup>. Aangezien deze motivering niet steunt op de dubbele binnenkomst, maar op het polygame karakter van het huwelijk, menen we dat de Raad in dezelfde zin zou besluiten, mocht de tweede echtgenote als eerste om gezinshereniging verzoeken. Daarbij moet niet eens worden overgegaan tot een voorafgaandelijke burgerrechtelijke nietigverklaring van het huwelijk. Ongeacht de burgerrechtelijke kwalificatie van het voorliggende gezinsleven, zou de uitspraak van de Raad van State over het gevraagde verblijfsrechtelijke gevolg van het huwelijk negatief zijn, minstens in zoverre de rechten van de eerste echtgenote erdoor geschonden kunnen worden.

**44.** Logischerwijze, gezien de achterliggende redenering dat polygamie moet worden ontraden door voorzichtig om te springen met de toekenning van gevolgen aan het tweede huwelijk<sup>88</sup>, is een optierecht in hoofde van de man onaanvaardbaar. Een impliciete erkenning van het tweede huwelijk door de toekenning van een recht op verblijf aan de tweede echtgenote, lijkt op het eerste gezicht slechts het gevolg te kunnen zijn van een verzwijgen van het eerste

---

generaal van de Europese Commissie de onderhandelingen over de Resolutie bijgewoond).

<sup>87</sup> R.v.St. nr. 24.401, 24 mei 1984, *Arr. R.v.St.* 1984, 1024. Deze vage formulering werd door de Raad geacht te voldoen aan de formele motiveringsverplichting waaraan de minister is onderworpen.

<sup>88</sup> Zie o.m. de pleidooien van F. MONEGER, "La polygamie en question", *JCP* 1990, I, nr. 3460; F. MONEGER, "Les musulmans devant le juge français", *JDI Clunet* 1994, 365; J. DEPREZ, "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé", in M.C. FOLETS (1996), 61.

huwelijk. In dat geval is er geen sprake van een optierecht, maar wel van een ogenschijnlijk reguliere gezinshereniging, omdat de gezinssituatie op het ogenblik van de gezinshereniging (ten onrechte) als monogaam werd beschouwd. De duidelijke stellingname van zowel regering als rechtspraak in de ons omringende staten, evenals de resolutie van 1 juni 1993 lijken evenwel van het tegendeel te getuigen: ook zichtbare polygamie kan tot toelating van de tweede echtgenote leiden.

**45.** Is het gerechtvaardigd dat dergelijke inconsequente en allesbehalve preventieve aanpak als gevolg heeft dat het eerste huwelijk in België geen kans op beleving krijgt, terwijl het, behoudens andere gronden tot nietigverklaring, geldig is naar Belgisch recht? Het recht op gezinshereniging dat is gesteund op een (geldig) huwelijk vormt net de minst betwiste en meest onvoorwaardelijke verblijfsgrond. De logica zelf van ons gezinsherenigingsrecht wijst uit dat de eerste echtgenote in een erkend of erkenbaar huwelijk van een recht op gezinshereniging moet kunnen genieten. Een gelijktijdig huwelijk, dat naar ons recht geen wettig huwelijk is, doet niets af aan de wettigheid van het eerste huwelijk en kan het recht op gezinshereniging voor de betrokken echtgenote niet verhinderen. De eerste echtgenote moet o.i. gezinshereniging kunnen genieten, ongeacht wanneer ze haar verzoek formuleert<sup>89</sup>.

**46.** Daarom stellen we voor om niet de man, maar de eerste echtgenote een optierecht te verlenen. Zodra een polygame man verzoekt om gezinshereniging van een andere dan zijn eerste echtgenote, zou kunnen worden gevergd dat hij een schriftelijke instemming van de eerste echtgenote voorlegt, waarin zij afstand doet van haar recht op gezinshereniging. Als hij vervolgens aantoonde dat hij een effectief gezinsleven heeft met de echtgenote voor wie hij de gezinshereniging aanvraagt, kan haar een toelating tot het verblijf worden verleend, mits aan het huwelijk geen andere gebreken kleven.

Het polygame huwelijk zou daarmee niet zonder meer worden erkend in België. Dat gebeurt ook vandaag niet in geval de *first come, first take*-regel aan de grondslag ligt van gezinshereniging voor de tweede of volgende echtgenote. Het recht op verblijf kan worden beschouwd als een aanvaardbaar rechtsgevolg van het niet-erkenbare polygame huwelijk.

**47.** Verblijft de eerste echtgenote reeds in België op grond van gezinshereniging en beschikt ze op het ogenblik van haar *opting-out* reeds over een zelfstandig verblijfsrecht, dan is het aangewezen om haar hierbij slechts de keuze te laten om hetzij terug te keren naar haar herkomstland, hetzij uit de echt te scheiden. Zoniet, dan zou de toelating van de tweede echtgenote tot het verblijf betekenen dat de echtgenotes van de man beiden in België kunnen verblijven. Ook de eventueel bijkomende vereiste dat de eerste echtgenote niet langer met de man

---

<sup>89</sup> Onder voorbehoud van een overschrijding van de omgekeerde wachttermijn van één jaar (bij familieleden van derdelanders: art. 10), bv. mits hun kinderen reeds een jaar tevoren hun vader hebben vervoegd.



samenwoont zou in de praktijk niet waarborgen dat een polygame gezinsbeleving definitief uitgesloten is. Dergelijke situatie zou o.i. niet verenigbaar zijn met de openbare orde. Door de eerste echtgenote de keuze te laten tussen twee opties die allebei haar belangen beschermen (de eerste door het huwelijk te laten voortbestaan, de tweede door een echtscheiding met toekenning van onderhoudsgeld), wordt o.i. een proportionele oplossing aangereikt.

**48.** Ingeval van fraude – een toegewezen verzoek tot gezinshereniging voor de volgende echtgenote met bedrieglijke verberging van het eerste huwelijk – zou het recht op verblijf van de tweede echtgenote kunnen worden ingetrokken, wegens inbreuk op het verblijfsrecht. Slechts als ze haar goede trouw bewijst, die *in casu* best enkel aanvaard kan worden als ze niet op de hoogte was van de polygame gezinssituatie, zou kunnen worden overwogen om haar niettemin tot voortgezet verblijf te machtigen, indien ze inmiddels reeds een stabiele verblijfspositie heeft verworven.

**49.** *Enkele bijkomende bedenkingen.* Verstoot een man zijn eerste echtgenote of scheidt hij van haar uit de echt, en laat hij vervolgens zijn volgende echtgenote overkomen, dan kan, evenals bij elk nieuw huwelijk na een echtscheiding, het probleem rijzen van de beperkingen die art. 10, 4°, tweede lid Vreemdelingenwet stelt aan de mogelijkheid van opeenvolgende gezinsherenigingen.

Eenzijds moeten alle gezinsherenigingen plaatsvinden vóór het eind van het kalenderjaar dat volgt op het jaar waarin het eerste familielid de rechtgevende heeft vervoegd. Strikt genomen zou de eerste echtgenote haar polygame man bijgevolg moeten vervoegen binnen een termijn van hoogstens twee jaar nadat de tweede of volgende echtgenote hem heeft vervoegd op grond van gezinshereniging. Dergelijke restrictie bestaat niet – zoals we hogerop reeds beschreven – indien de andere echtgenote haar verblijf op een andere grond heeft gesteund.

Hoedanook menen we, zoals we voorheen reeds aangaven<sup>90</sup>, dat dergelijke beperking een inbreuk begaat op art. 8 E.V.R.M. Slechts indien redelijkerwijze kan worden aangenomen dat er geen sprake meer is van een effectieve gezinsbeleving, menen we dat gezinshereniging kan worden geweigerd.

De Nederlandse wetgever heeft enkele jaren geleden na een grondige discussie expliciet geopteerd voor het *first comes, first takes*-principe<sup>91</sup>. Hij meent dat moet

<sup>90</sup> Cf. *supra*, deel 2C.

<sup>91</sup> L. JORDENS-COTRAN, "Instemming met de verstoting, naturalisatie en de erkenning van Marokkaanse verstotingen: artikel 2 of 3 WCE?", *F.J.R.* 1995, 146-151; C. DE JONG, "Het recht van vreemdelingen op eerbiediging van het gezinsleven", *N.J.C.M.* 1994, 48-52, spec. 52 (een beperking die verder reikt dan de beperking dat slechts één echtgenote aanspraak kan maken op gezinshereniging (bv. de bepaling dat slechts de eerste echtgenote recht op gezinshereniging geniet of het reeds bij de binnenkomst opleggen aan een polygame man van een verplichte keuze voor één welbepaalde echtgenote), schendt de Europese resolutie van 1 juni 1993 inzake schijnhuwelijken); S. RUTTEN, noot onder R.v.St. 3 juli 1990, *N.J.C.M.* 1991, 433 (m.b.t. gezinshereniging voor het kind uit het tweede huwelijk).

worden uitgegaan van de geldigheid in het land van huwelijksvoltrekking van het polygame huwelijk. Schendt het gevraagde huwelijksgevolg de openbare orde niet, omdat een toelating van de gezinshereniging nog niet betekent dat er een polygame gezinsbeleving zou ontstaan in Nederland, dan moet gezinshereniging voor de tweede of verdere echtgenote tot de mogelijkheden behoren. Meer nog, bepaalde Nederlandse rechtspraak wijst uit dat een polygaam huwelijk in Nederland kan worden erkend<sup>92</sup>. In België is dat vooralsnog niet gebeurd.

Wij opteren op grond van bovenstaande redenering voor een afwijkende aanpak, ter bescherming van het eerste huwelijk, het enige huwelijk dat erkenbaar is in België. De beleving van het tweede huwelijk in België schendt de B.I.P.O.O. weliswaar inderdaad niet, zolang er sprake is van een monogame gezinsbeleving. Zoals we hierboven hebben uiteengezet, menen we evenwel dat het ongerechtvaardigd zou zijn om een later verzoek tot gezinshereniging uitgaande van de eerste echtgenote af te wijzen om redenen van openbare orde. Art. 10 j° 12 Vreemdelingenwet laten weliswaar toe dat een echtgenoot de gezinshereniging wordt geweigerd om redenen van openbare orde. We achten het evenwel onaanvaardbaar dat de eerste echtgenote het slachtoffer zou worden van een situatie die is ontstaan n.a.v. het tweede huwelijk.

**- Overgangsregeling: gezinshereniging voor de eerste echtgenote moet een voortgezet verblijf voor de tweede echtgenote niet in de weg staan**

50. In ons voorstel moeten we vanzelfsprekend rekening houden met de situatie van polygame mannen die zich vandaag reeds hebben laten vervoegen door een tweede of volgende echtgenote. Blijft het tweede huwelijk voortbestaan, dan is een polygame gezinsbeleving in België voor hen o.i. mogelijk. De eerste echtgenote moet immers in het licht van art. 8 j° 12 E.V.R.M. gezinshereniging genieten en de tweede of volgende echtgenote kan niet worden verwijderd, tenzij haar huwelijk wordt nietigverklaard.

Heeft de administratie eenmaal een rechtsgevolg van het polygame huwelijk erkend, m.n. het recht op gezinshereniging, dan kan het dat o.i. niet weer intrekken, tenzij het huwelijk zelf wordt nietigverklaard of ontbonden<sup>93</sup>.

51. Een loutere intrekking van het verblijfsrecht van de tweede echtgenote omdat dat in strijd zou zijn met de openbare orde, is bovendien niet wenselijk indien zou blijken dat de man reeds geruime tijd probleemloos heeft samengeleefd met zijn beide echtgenotes. We menen dat in dergelijk geval, in navolging van het Franse arrest-Montcho<sup>94</sup>, best wordt overgegaan tot een regularisatie om humanitaire

<sup>92</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnr. 17.

<sup>93</sup> In de laatste hypothese is de vrouw tevens onverwijderbaar indien ze inmiddels reeds een zelfstandig recht op verblijf heeft verworven.

<sup>94</sup> C.E. fr. 11 juli 1980, zaak Montcho, *R.C.D.I.P.* 1981, 658, noot J.M. BISCHOFF, *A.J.D.A.* 1980, 523, noot FEFFER en PINAULT. In dit arrest heeft bovendien het illegale karakter van het vijfjarige verblijf van de vrouw bij haar polygame echtgenoot niet verhinderd dat haar verblijf werd geregulariseerd. De gevolgen van het arrest zijn evenwel, zoals we reeds aangaven, teniet

redenen.

## **A.2.B. DE LOUTER NUMERIEKE BEPERKING IMPLICEERT DAT EEN POLYGAME GEZINSRELATIE SOMS WEL, DAN WEER NIET IN BELGIË KAN WORDEN BELEefd**

### **\* Beginsel**

**52.** Niet alleen schept het bestaande keuzerecht een ongelijkheid in die zin dat één van de echtgenotes in de kou blijft staan<sup>95</sup>. Het creëert tevens een tweede vorm van ongelijke behandeling. Is de polygame man in eerste instantie gehuwd met een Belgische vrouw, een EU-onderdaan of een derdelander die voorheen reeds wettig in België verbleef of die haar verblijf op een zelfstandige of andere rechtsgrond dan gezinshereniging kan steunen, dan lijkt het erop dat de polygame gezinssituatie feitelijk steeds in België kan worden beleefd. Er is immers maar één echtgenote die een beroep moet doen op gezinshereniging<sup>96</sup>. De andere steunt haar verblijf op een zelfstandige verblijfsgrond.

**53.** Tegen dergelijke interpretatie van de regel wordt door de Dienst Vreemdelingenzaken opgetreden in het licht van de openbare orde<sup>97</sup>. De controle bestaat erin dat bij elk verzoek tot gezinshereniging op grond van huwelijk wordt nagegaan of de betrokkenen rechtsgeldig zijn gehuwd. Blijkt dat reeds een echtgenote ingeschreven staat op het adres van de man, dan komt de polygamie aan het licht.

Het is in het licht van de huidige regeling, die toestaat dat echtgenoten op een verschillend adres staan ingeschreven, evenwel denkbaar dat het eerste huwelijk niet tijdig aan het licht komt en dat de polygame gezinsrelatie effectief in België

---

gedaan door de Wet *Pasqua* (cf. *supra*). De bepalingen van het arrest blijven evenwel transposeerbaar naar de Belgische situatie die vergelijkbaar is met de Franse situatie vóór de Wet *Pasqua*.

<sup>95</sup> We stelden evenwel een correctie voor t.b.v. de tweede echtgenote die haar man als eerste komt vervoegen en die gedurende voldoende geruime tijd met hem in België heeft kunnen verblijven alvorens de polygamie aan het licht komt of *tout court*, alvorens de eerste echtgenote om gezinshereniging verzoekt. Die voorwaardelijke correctie voert weliswaar een nieuwe ongelijke behandeling in tussen beide vrouwen. Deze is o.i. evenwel gerechtvaardigd, aangezien beslist wordt op grond van de goede trouw van de vrouw en de duur van haar verblijf. Dat laatste criterium is gespiegeld aan de bestaande regeling voor uit de echt gescheiden koppels, na gezinshereniging tijdens het huwelijk. Na de samenwoningcontrole wordt de partner, ten laatste na de vijftiende maand van verblijf, ingeschreven in het vreemdelingenregister. Het recht op verblijf komt vervolgens pas in het gedrang indien redenen van openbare orde, veiligheid of gezondheid een weigering om de verblijfstitel te verlengen en/of uitzetting rechtvaardigen. Wordt het huwelijk ontbonden vóór afloop van de samenwoningcontrole, dan heeft de vrouw nog geen zelfstandig verblijfsrecht verworven en valt de grondslag voor haar verblijf weg. Dat is ook het geval indien de vrouw de echtscheiding niet heeft gewild. In dat opzicht is een vergelijking met de onvrijwillige nietigverklaring van het polygame huwelijk op zijn plaats.

<sup>96</sup> Zie de bespreking hierboven m.b.t. de Europese Resolutie van 1 juni 1993. Deze sluit dergelijke mogelijkheid uit. De Resolutie heeft evenwel geen rechtstreekse werking in de interne rechtsorde.

<sup>97</sup> Communicatie Dienst Vreemdelingenzaken 17 december 2001.

wordt beleefd<sup>98</sup>. Pas als het polygame huwelijk burgerrechtelijk wordt vernietigd, kan tot een verwijdering worden overgegaan.

**\* Voorstel: een weigering tot binnenkomst aan elke verdere echtgenote, ongeacht de grond waarop de eerste echtgenote bij de polygame man verblijft**

**54.** In het licht van het gelijkheidsbeginsel en van de *ratio* die erin bestaat te voorkomen dat een persoon wordt gemachtigd tot een polygame gezinsbeleving in België, menen we dat aan de tweede of verdere echtgenote steeds de toegang moet worden ontzegd, zolang de eerste echtgenote hier verblijft.

Dat verbod zou echter niet noodzakelijk moeten gelden zolang het eerste huwelijk blijft voortbestaan. Zolang de eerste echtgenote geen stabiele verblijfspositie in België heeft verworven, is het in haar belang om haar te laten kiezen of ze al dan niet bij haar man in België blijft wonen. Wenst deze een verdere echtgenote te laten overkomen, dan loopt ze bij een weigering immers het risico te worden verstoten of door hem tot een echtscheiding, desnoods op grond van feitelijke scheiding van meer dan twee jaar, te worden gedwongen. Ook al zou haar daarbij een recht op onderhoudsuitkering worden toegekend, kan ze niet in België blijven wonen, dan zal ze dat recht moeilijk kunnen afdwingen. Ze heeft er bijgevolg belang bij een echtscheiding te voorkomen. Gaat ze vrijwillig terug naar het land van herkomst, dan zal haar huwelijk daar voort als rechtsgeldig worden beschouwd en zal de man, desgevallend onder druk van zijn familie, haar blijven onderhouden.

**55.** Verblijft ze wel reeds op stabiele wijze in België, dan zal ze vermoedelijk weigeren om toe te stemmen in haar 'plaatsvervangende' door een verdere echtgenote. Lukt de man een echtscheiding uit, dan zal ze op grond van haar recht op voortgezet verblijf immers gemakkelijker de effectieve betaling van de onderhoudsuitkering kunnen afdwingen. Niettemin geniet het ook in die situatie de voorkeur om haar de keuze te laten.

Een mogelijk bezwaar hiertegen kan zijn dat haar stabiele verblijfspositie impliceert dat ook de polygame man inmiddels op stabiele wijze in België verblijft. De kans is reeds minder groot dat hij erin zal slagen enig rechtsgevolg van zijn polygame huwelijk af te dwingen. In dat licht kan het onwenselijk worden bevonden om dan wél verblijfsrechtelijk in een mogelijk rechtsgevolg te voorzien.

### **A.2.c. ONGELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN NATIONALITEIT**

**56.** Heeft de tweede echtgenote in de loop van haar huwelijk de Belgische nationaliteit verworven<sup>99</sup>, dan behoudt ze de Belgische nationaliteit, ongeacht of

<sup>98</sup> Ten tijde van het arrest-Montcho werd dergelijke samenleving in Frankrijk nog toegelaten.

<sup>99</sup> Na drie jaar door naturalisatie of op grond van nationaliteitsverklaring ingeval van huwelijk met een bigame Belg, waarbij de Belgische overheid niet op de hoogte was van het bestaan van een

haar huwelijk al dan niet wordt nietigverklaard<sup>100</sup>. Hierbij is het voor het nationaliteitsrecht irrelevant of haar al dan niet het voordeel van een putatief huwelijk wordt toegekend. Art. 23 W.B.N. bepaalt weliswaar dat eenieder die ernstig tekortkomt aan zijn verplichtingen als Belgische burger, vervallen wordt verklaard van de Belgische nationaliteit. Deze bepaling is evenwel vooralsnog zelden toegepast, telkens in het kader van landverraad. Algemeen wordt aangenomen dat een verruiming zonder wetgevende ingreep niet mogelijk is<sup>101</sup>.

De vrouw behoudt bijgevolg ook haar recht op verblijf, ongeacht de duur daarvan. In dat geval kunnen de betrokkenen bijgevolg hun polygame relatie feitelijk voortzetten<sup>102</sup>.

### A.3. VOORSTELLEN INZAKE EEN RECHT OP VOORTGEZET VERBLIJF VOOR DE TWEDE ECHTGENOTE TE GOEDER TROUW

#### A.3.A. EEN RECHT OP VOORTGEZET VERBLIJF VOOR DE TWEDE ECHTGENOTE TE GOEDER TROUW DIE BELGIË OP ILLEGALE WIJZE IS BINNENGEKOMEN

57. Geniet de tweede echtgenote het voordeel van putatief huwelijk, dan kan ze in geval van een zelfstandig verblijfsrecht haar recht op voortgezet verblijf behouden. Is ze evenwel oorspronkelijk *illegaal* het land binnengekomen en heeft ze nooit een wettige verblijfsgrond verworven, dan heeft ze geen zelfstandig verblijfsrecht kunnen opbouwen en zal het voordeel van een putatief huwelijk bijgevolg ook na langdurig (illegaal) verblijf niet *de iure* een recht op verblijf impliceren<sup>103</sup>.

In het beste geval wordt haar een machtiging tot verblijf afgeleverd in het kader van de bescherming van haar gezinsleven. Heeft ze kinderen die hun verblijf in België kunnen voortzetten bij de vader, dan maakt ze mogelijk kans op regularisatie<sup>104</sup>. Uitzonderlijk kunnen een ruim uitgebouwd privéleven of ernstige

---

eerste huwelijk. De Commissie voor Naturalisaties geeft vooralsnog niet aan polygamie als afwijzingsgrond te hanteren (cf. *infra*, hoofdstuk 5: i.t.t. het schijnhuwelijk).

<sup>100</sup> Een inbreuk op de openbare orde door polygame huwelijkssluiting geeft, evenmin als een schijnhuwelijk, aanleiding tot verval van de Belgische nationaliteit, die op grond van dat huwelijk is verworven.

<sup>101</sup> Cf. *supra*, deel 2B (tweede toegangspoort).

<sup>102</sup> Over de vraag of de polygame man onderworpen is aan de Belgische getrouwheidsplicht bestaat discussie: cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnr. 27.

<sup>103</sup> Voor zover we reeds kunnen aannemen dat het putatief voordeel niet alleen burgerrechtelijke, maar ook andere gevolgen van het huwelijk in rekening neemt (cf. *supra*).

<sup>104</sup> R.A. VAN DER POL, "Het Nederlandse polygamiebeleid en art. 8 E.V.R.M.", AA 1992, 476. L. JORDENS-COTRAN, "De Islam in het Nederlandse rechtstelsel", in VERENIGING TOT BESTUDERING VAN HET RECHT VAN DE ISLAM EN HET MIDDEN OOSTEN (ed.), *Islam in West-Europa. De plaats van de Islam en het islamitische recht in de West-Europese rechtstelsels. Reeks Recht van de Islam, nr. 10 (10de RIMO-symposium)*, Maastricht, RIMO, 1992, 39, bepleit verblijfsrecht voor de moeder, zodra haar kinderen gezinshereniging met de vader genieten. S.W.E. RUTTEN, noot onder R.v.St. 3 juli 1990, NJCM 1991, 435, stelt zich de vraag of het economische weigeringsargument voldoende gerechtvaardigd is. Cf. *supra*, Franse en Duitse rechtspraak. *Contra*: verplichte terugkeer met de moeder: R.v.St. Ndl. nr. A-2.0186, 28 maart 1983, *Gids Vreemdelingenrecht* D-13-104.

omstandigheden (bv. oorlog in het land van herkomst, ernstige ziekte, risico op steniging wegens overspel) de verwijdering beletten<sup>105</sup>.

**58.** In de zaak *Ben Hida* heeft de Raad van State geoordeeld dat de polygame gezinsrelatie niet dermate sterk inging tegen de openbare orde dat de tweede echtgenote er een gevaar voor zou vormen. De polygamie hoefde een regularisatie van haar verblijf niet te beletten<sup>106</sup>. *In casu* was de vrouw België na weigering van het verzoek tot gezinshereniging illegaal, zonder visum, binnengekomen. De Belgische Staat had haar een bevel afgeleverd om het grondgebied te verlaten en wilde haar de toekenning van een verblijfsrecht – op welke grond ook – ontzeggen. Uit het huwelijk was evenwel reeds een kind geboren. De Raad van State oordeelde dat de weigering om de vrouw tot het verblijf te machtigen en het bevel om het grondgebied te verlaten en voor een onbepaalde tijd terug te keren naar Marokko met het oog op een regularisatie van haar situatie, een ongerechtvaardigde inmenging in haar familielevens vormden.

De Raad van State heeft *in casu* niet alleen uit art. 8 EVRM, maar tevens uit het gezinsherenigingsrecht zelf een recht op verblijf voor de tweede echtgenote afgeleid: “En outre, en l’espèce, l’ordre de quitter le territoire (...) constitue, comme il a été dit, un refus (illégal) de reconnaissance d’un droit au séjour fondé sur l’article 10 de la loi du 15.12.1980”. Mogen we hieruit afleiden dat voortaan niet alleen een recht op voortgezet verblijf, maar ook een recht op toelating tot het verblijf geldt t.b.v. beide echtgenotes, mits het familielevens van beide vrouwen reeds vorm heeft gekregen in België?

**59.** Ook de Franse Raad van State heeft in de zaak-Montcho nog geoordeeld dat een polygame gezinssituatie niet volstaat om tot strijdigheid van het verblijf met de openbare orde te besluiten. De verblijfswet is geen politiewet die als dusdanig naar Franse normen zou moeten worden geïnterpreteerd en die het verblijf van de tweede echtgenote definitief in de weg zou staan.

**60.** We kunnen ons de vraag stellen of de uitspraak anders zou zijn geweest indien de eerste echtgenote in het arrest-Ben Hida een Belgische of in het arrest-Montcho een Franse onderdaan was geweest. Zou ook in dat geval de vreedzame beleving van het polygame gezinsleven, al dan niet in eenzelfde gezinswoning, hebben geleid tot de uitspraak dat een voortgezet verblijf voor de tweede vrouw geen gevaar opleverde voor de openbare orde? Franse

<sup>105</sup> Zie bv. in het V.K.: House of Lords, arrest-Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah, 25 maart 1999, [www.parliament.the-stationery-office.co.uk](http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk), dat handelt over Pakistaanse vrouwen die door hun man aan de deur worden gezet, wegens het gebrek aan een zelfstandige verblijfstitel Engeland zullen moeten verlaten, maar in hun land van herkomst dreigen te worden gestenigd op grond van een valselijke beschuldiging van overspel. Deze vrouwen werden *in casu* erkend als vluchteling in de zin van het Verdrag van Genève.

<sup>106</sup> R.v.St. nr. 79.295, 16 maart 1999 (Ben Hida), *Rev. dr. étr.* 1999, 258, <http://www.raadvst-consetat.be> (7 januari 2000), *T. Vreemd.* 1998, 329.

rechtspraak wijst uit dat elk gevolg van een polygaam huwelijk waarbij de eerste echtgenote de Franse nationaliteit heeft, wordt geweigerd<sup>107</sup>. Bepaalde Duitse rechtspraak maakt daarentegen geen onderscheid naargelang de eerste echtgenote al dan niet Duits onderdaan is<sup>108</sup>.

We komen hiermee terug op de discussie aangaande de aard van het huwelijksbeletsel. We namen enerzijds alvast voor het I.P.R. aan dat het verbod van polygamie geen trilateraal maar een unilateraal beletsel vormt. Kan gerechtvaardigd worden dat de invulling van het begrip 'normaal familieleven' in de eerste plaats wordt gestuurd door de nationaliteit van de eerste echtgenote? Is het anderzijds niet normaal dat voor de beoordeling van familieleven in de eerste plaats rekening wordt gehouden met zij die er reeds lange tijd deel van uitmaken, m.n. de eerste echtgenote en haar man? We verwijzen terug naar ons voorstel om de sterkte van de aanknopingsplaats te laten spelen, met het criterium van de *Inlandsbeziehung* en met een bijzondere aandacht voor de verwachtingen die de partners uit het eerste huwelijk redelijkerwijze konden hebben aangaande de aard van hun huwelijk<sup>109</sup>.

61. De aanname dat polygamie op zich niet volstaat om het verblijf strijdig te verklaren met de openbare orde, houdt op zich evenwel geen waarborg in tot voortzetting van het verblijf. De uitspraken van de Belgische en Franse Raad van State nemen slechts een verwijderingsgrond weg. Ze laten zich niet uit over een recht op verblijf. De tweede echtgenote zal m.a.w. voldoende overtuigende elementen moeten aanhalen om een voortzetting van haar verblijf op te steunen. Heeft ze geen kinderen, en is ze evenmin onverwijderbaar om technische redenen of wegens ernstige ziekte, dan kan die bewijslast zwaar vallen. De Belgische Raad van State heeft bv. in 1984<sup>110</sup> beslist dat de tweede echtgenote die slechts sinds korte tijd in België verbleef en geen kinderen had, niet moest worden gemachtigd tot voortgezet verblijf, aangezien "verzoekster niet onwetend kon zijn van de staat van bigamie waarin ze met haar echtgenoot leefde, en uiteraard ook moest weten dat ze niet in het bezit was van een titel die haar toeliet meer dan drie maanden in het land te verblijven".

### **A.3.B. EEN RECHT OP VOORTGEZET VERBLIJF VOOR DE TWEEDE ECHTGENOTE TE GOEDER TROUW DIE BELGIË OP LEGALE WIJZE IS BINNENGEKOMEN**

62. De tweede echtgenote die op het ogenblik van de nietigverklaring van haar huwelijk voldoende lang in België heeft verbleven om een zelfstandig recht op verblijf te verwerven, kan haar verblijf op die grond voortzetten.

In het andere geval zal ze in toepassing van art. 20 Vreemdelingenwet worden verwijderd, tenzij ze haar verblijf op een andere grondslag kan steunen.

<sup>107</sup> Cass. fr. 6 juli 1988, Baaziz, *R.C.D.I.P.* 1989, 71, noot Y. LEQUETTE: weigering om de gevolgen van het huwelijk te erkennen.

<sup>108</sup> Huwelijk geldig bevonden: OLG Hamm 12 september 1986, *StAZ* 1986, 352.

<sup>109</sup> Cf. *supra*, ook voor een overgangsregeling bij verwerving van een nieuwe nationaliteit.

<sup>110</sup> R.v.St. nr. 24.401, 24 mei 1984, *Arr. R.v.St.* 1984, 1024.

**63.** Geniet ze niet op een andere grond recht op toelating tot het verblijf, dan kan haar verblijf worden geregulariseerd in toepassing van art. 9, derde lid Vreemdelingenwet. Dit leiden we *a fortiori* af uit het hierboven besproken arrest-Ben Hida. Bij de beoordeling van haar verzoek zal het voordeel van putatief huwelijk haar vermoedelijk mede tot steun kunnen zijn.

### **A.3.C. EVALUATIE VAN DE INVLOED VAN KINDEREN OP DE MACHTIGING VAN DE TWEDE ECHTGENOTE TOT VOORTGEZET VERBLIJF**

**64.** We hebben zopas voorgesteld om de tweede echtgenote te goeder trouw van een polygame man te machtigen tot voortzetting van haar verblijf in de hypothese dat de betrokkenen een gemeenschappelijk kind hebben. De situatie van een polygaam huwelijk onderscheidt zich immers van de andere hypothesen van nietigverklaring door het gegeven dat er een huwelijk aan ten grondslag kan<sup>111</sup> liggen dat in het land van huwelijksluiting én naar het personeel statuut van man en vrouw als een rechtsgeldig huwelijk is erkend. Het risico dat hiermee de strategie wordt uitgelokt om een kind te verwekken met het oog op een verblijfsmachtiging, wordt beperkt doordat het voorstel slechts een overgangsregeling betreft t.b.v. de tweede echtgenote die op het ogenblik dat de voorgestelde regeling in werking treedt reeds in België verblijft.

**65.** Het voorstel is vooral vernieuwend in die zin dat in het merendeel van de hypothesen het verblijfsrecht van de moeder zou worden gesteund op dat van het kind<sup>112</sup>. In het huidige gezinsherenigingsrecht t.a.v. derdelanders daarentegen

<sup>111</sup> M.n. buiten de hypothese dat het huwelijk is aangegaan voor een ambtenaar van de burgerlijke stand of andere bevoegde autoriteit van een Staat waarvan het recht slechts een monogaam huwelijk toestaat, maar waarbij het bestaan van het eerste huwelijk in hoofde van de man verborgen werd gehouden. Ook kan het huwelijk nietig zijn wegens andere grond- of vormgebreken.

<sup>112</sup> Het voorstel om het gezinsherenigingsrecht ook in deze richting te laten werken, werd reeds geopperd door o.m. L. WALLEYN, "Recht op huwelijk en gezinsleven voor niet-verblijfsgerechtigde vreemdelingen", in K. RIMANQUE (ed.), *Jaarboek 1996/97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1997, 158; L. JORDENS-COTRAN, "De Islam in het Nedelandse rechtstelsel", in VERENIGING TOT BESTUDERING VAN HET RECHT VAN DE ISLAM EN HET MIDDEN OOSTEN (ed.), *Islam in West-Europa. De plaats van de Islam en het islamitische recht in de West-Europese rechtstelsels. Reeks Recht van de Islam, nr. 10 (10de RIMO-symposium)*, Maastricht, RIMO, 1992, 39, specifiek in de materie van polygamie.

Rechtspraak en rechtsleer lijken in dit verband vooralsnog te worstelen met een botsing van belangen. Enerzijds meent men dat de controle van de verenigbaarheid van de situatie met de openbare orde bij een voorvraag soepeler moet gebeuren dan in geval van een hoofdvraag. De gezinsvorming zou hierdoor een extra kans worden geboden. Dit blijkt alvast impliciet uit Brussel 26 oktober 1983, *Rev. dr. étr.* 1985, 153; F. RIGAUX, *Droit international privé*, I, nr. 518-519.

Mogelijk bestaat de hoofdvordering erin een huwelijksgevolg af te dwingen dat wordt bepaald door een regel die behoort tot een rechtsorde die slechts het monogame huwelijk (er)kent. Vooreerst rijst bijgevolg de voorvraag of de equivalentie tussen een polygaam en een monogaam huwelijk groot genoeg is om de tweede echtgenote te laten genieten van het in de hoofdvraag gevorderde gevolg: Y. LEQUETTE, noot onder Cass. 17 februari 1982, *R.C.D.I.P.* 1983, 277.

Anderzijds treedt in het I.P.R. de verzachte werking van de openbare orde pas op indien de eigen rechtsorde niet te nauw bij de hoofdvraag en zijn mogelijke gevolgen is betrokken. Een verzoek



volgt het kind steeds de ouder<sup>113</sup>.

## **B. POLYGAMIE EN GEZINSHERENIGING VOOR DE KINDEREN VAN EEN POLYGAME VADER**

**66.** De huidige regeling houdt niet alleen een ongelijke behandeling in voor de echtgenotes, maar ook voor de kinderen die uit de polygame huwelijksituatie zijn geboren<sup>114</sup>.

Deze ongelijke behandeling doet zich voor op drievoudige wijze. De kinderen van een polygaam gehuwde man worden verschillend behandeld naargelang ze zijn geboren uit zijn eerste, dan wel zijn tweede huwelijk, terwijl hun vader met de andere echtgenote samenleeft (discriminatie op grond van geboorte). Deze verschillende behandeling kan eveneens worden benaderd vanuit het verbod van discriminatie op grond van de burgerlijke staat van de ouders (discriminatie op grond van geboorte uit een polygame vader). Mogelijk treden ook tussen de kinderen uit het tweede huwelijk onderling verschillen in behandeling op, op grond van nationaliteit (discriminatie op grond van nationaliteit).

### **B.1. DISCRIMINATIE OP GROND VAN GEBOORTE: DE ONGELIJKE BEHANDELING VAN KINDEREN VAN EEN POLYGAME VADER DIE MET DE ANDERE ECHTGENOTE- NIET-MOEDER SAMENLEEFT, NAARGELANG ZE ZIJN GEBOREN UIT ZIJN EERSTE, DAN WEL ZIJN TWEEDE HUWELIJK:**

#### **B.1.A. PROBLEEMSTELLING**

**67.** De Raad van State maakt tot op heden geen onderscheid tussen het kind uit het eerste of het tweede huwelijk ingeval van polygamie. Aan beiden wordt gezinshereniging bij de vader en de echtgenote die niet hun moeder is geweigerd<sup>115</sup>.

---

tot gezinshereniging of voortgezet verblijf heeft betrekking op installatie in België en bijgevolg op participatie aan de Belgische rechtsorde. Omwille van deze laatste overweging zou op het eerste gezicht kunnen worden gesteld dat de toelating van gezinsleden uit het polygame huwelijk ook in het gezinsherenigingsrecht aan rechtstreekse restricties kan worden onderworpen. Deze motivering werd gehanteerd in o.m. volgende Nederlandse rechterlijke uitspraken: Rb. Breda 13 februari 1977, nr. 343/1977, beschreven door A.V.M. STRUYCKEN, *W.P.N.R.* 1980, 834; 's Hertogenbosch 4 juli 1985, *N.I.P.R.* 1986, 183. Wij menen evenwel dat het gezinsherenigingsrecht zich minstens moet laten leiden door de kwalificaties van het familierecht of dergelijke kwalificatie moet uitlokken. Eenmaal de polygame echtgenote in België verblijft, kan haar verblijfstitel o.i. slechts worden ingetrokken als het polygame huwelijk is nietigverklaard.

<sup>113</sup> In Nederland werd het kind uit een polygame gezinssituatie wiens moeder reeds was teruggekeerd naar het land van oorsprong en reeds was 'vervangen' door de komst van de andere echtgenote, reeds verplicht om zijn moeder terug te vervoegen in het land van herkomst: Raad van State nr. A-2.0186, 28 maart 1983, *Gids Vreemdelingenrecht* D-13-104 (meer hierover in deel 2C, randnr. 67).

<sup>114</sup> Zie bv. de Franse *Loi Pasqua* 1993: "sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial".

<sup>115</sup> R.v.St. 20 januari 1983, nr. 22.867, *Rec. C.E.* 1983, 150. Frankrijk: art. 30 Ord. 1945: "Sauf si

Een uitspraak van de ECRM, evenals rechtspraak van de Raad van State inzake gezinshereniging na echtscheiding en een mededeling bij de stemming in de Senaat van de Vreemdelingenwet in 1980, wijzen daarentegen uit dat vandaag reeds meerdere juridische argumenten bestaan om aan te nemen dat het kind uit het eerste huwelijk wél een effectief recht heeft op gezinshereniging bij de vader en de echtgenote die niet zijn moeder is.

**68.** De Raad van State steunt zijn weigering t.a.v. het kind uit het eerste huwelijk systematisch op de stelling dat het familieleven van de betrokkenen niet voldoende sterk is om bescherming te genieten in het licht van art. 8 E.V.R.M.<sup>116</sup> Deze strenge motivering lijkt in te gaan tegen volgende mededeling bij de

---

cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial". Nederland: R.v.St. 28 februari 1980, nr. A-2.0432 (1979), *Gids Vreemdelingenrecht*, Jur. D13-52, p. 301; R.v.St. nr. A-2.0186, 28 maart 1983, *Gids Vreemdelingenrecht* D-13-104 (meer nog: verplichte terugkeer nadat zijn moeder was teruggekeerd en een tweede echtgenote met kind vervolgens zijn vader hadden vervoege); R.v.St. Ndl. 3 juli 1990, *N.J.C.M.* 1991, 431, noot S. RUTTEN ("Ontwikkelingen in de rechtspraak inzake polygame huwelijken"); R.v.St. Ndl. 24 april 1989, nr. R02.88.1206, *A.A.N.J.* 1990, nr. 300, noot H.J. SIMON en B.M.J. VAN DER MEULEN. Deze laatste uitspraak verdient bijzondere aandacht omdat de eiser in het arrest een schending van het gelijkheidsbeginsel had ingeroepen, m.n. de verschillende behandeling t.a.v. het verblijfsrecht voor kinderen na een echtscheiding m.b.t. een voorgaand monogaam huwelijk. De Raad van State is *in casu* evenwel niet op dit middel ingegaan, met als motivering dat enerzijds in het arrest waarnaar eiser verwees geen polygamie was voorgevallen en anderzijds in de zaak die ten grondslag lag aan dat arrest de man onmiddellijk na zijn nieuwe huwelijk om gezinshereniging voor het kind had verzocht, waardoor het gezinsleven was blijven voortbestaan. Appellant had daarentegen zijn eerste vrouw en kinderen in Marokko achtergelaten toen hij met zijn tweede vrouw en hun kind naar Nederland kwam. De kinderen bleven met de moeder achter in het gezin van hun grootouders langs vaderszijde. De moeder had haar kinderen nochtans verlaten nadat haar man een echtscheidingsprocedure tegen haar had aangespannen. Op die grond waren de kinderen na de echtscheiding aan de vader toegewezen. Niettemin werd het verblijf hen geweigerd. De uitoefening van het ouderlijk gezag dient o.i. daarentegen te primeren op de stelling dat de kinderen een goede opvang kenden in het land van oorsprong. De vader had bovendien ondanks het gezinsherenigingsverbod ten tijde van de polygamie al het mogelijke gedaan om het contact met zijn kinderen te onderhouden. Dat hij niet onmiddellijk een verzoek tot gezinshereniging had ingesteld na de echtscheiding, is o.i. begrijpelijk, aangezien hij jarenlang is geconfronteerd met het verbod op gezinshereniging en vervolgens zo goed als mogelijk zijn gezinsleven in Nederland harmonisch heeft uitgebouwd. Hij bezocht zijn kinderen jaarlijks en zond regelmatig geld naar Marokko. Het gegeven dat hij naar Marokkaans recht de wettelijke vertegenwoordiger was van de kinderen, kon niet de doorslag geven, evenmin als de verklaring van de vader van appellant dat hij gezien zijn leeftijd – 73 jaar – de kinderen niet langer kon onderhouden en verzorgen, omdat hij geen voldoende middelen, noch voldoende woonruimte had. De Raad van State meende dat appellant met zijn financiële steun wel de nodige opvang voor zijn kinderen in Marokko zou kunnen bekostigen en dat de moeder van de kinderen nog in Marokko woonde en hen kon opvangen. De Raad ging hiermee voorbij aan het feit dat de moeder zelf haar kinderen had verlaten en dat de Nederlandse regering hiermee bovendien een inbreuk maakte op het I.P.R. Zolang de regeling inzake ouderlijk gezag niet werd herzien door de burgerlijke rechter, had de vader het hoederecht. De Raad besloot evenwel dat de kinderen, gelet op hun leeftijd, geen intensieve zorgen meer nodig hadden. De oudste kinderen konden de jongste tot steun zijn.

<sup>116</sup> Ook de Nederlandse Raad van State hanteert deze opvatting. De Nederlandse Hoge Raad daarentegen benadrukt dat de vader recht heeft op omgang en de 'ouderlijke macht' uitoefent over de kinderen van meerdere vrouwen tegelijk: verwijzingen bij S. VAN WALSUM, M. HOP en M. KLABOU, "Het recht op gezinsleven in Nederland, voor buitenlanders", *N.J.B.* 1987, 1150.

stemming in de Senaat van de Vreemdelingenwet in 1980: "De vraag rijst of de tekst zo kan worden uitgelegd dat de kinderen uit een eerste huwelijk verstoken blijven van het recht dat door het artikel wordt toegekend. De Commissie aanvaardt niet dat de voornoemde tekst beperkend wordt uitgelegd. De bepaling heeft trouwens tot doel te verhinderen dat het gezinsleven door de emigratie wordt verstoord. Zodra de vreemdeling een verblijfsvergunning bezit, geldt die ook voor allen die werkelijk aan het gezinsleven deelnemen. (...) Uit de voorbereiding van de wet blijkt trouwens dat de tekst de nadruk legt op de band die tussen de echtgenoten bestaat, dat wil zeggen het verlangen naar een gemeenschappelijk leven en het recht van de vreemdeling om vergezeld te worden door zijn gezin. De Commissie is dan ook eenparig van oordeel dat 'hun kinderen' zowel slaat op de kinderen van een van beide echtgenoten als op de gemeenschappelijke kinderen van de twee echtgenoten"<sup>117</sup>.

69. De zinsnede 'allen die daadwerkelijk aan het gezinsleven deelnemen' kan mogelijk aan de grondslag liggen van een weigering om de kinderen toe te laten hun vader te vervoegen in de hypothese dat de onderlinge band inmiddels ernstig is verzwakt. De E.C.R.M. heeft steeds familielevens aangenomen tussen het kind uit het eerste huwelijk en diens polygame vader, maar heeft vooralsnog keer op keer<sup>118</sup> elke inbreuk erop verenigbaar bevonden met art. 8 E.V.R.M., op grond van de vaststelling dat de familieband verzwakt was<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> Voorstel van wet betreffende de toegang tot het Rijk, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van de vreemdelingen, Verslag van de Commissie voor de Justitie, *Parl. St.* Senaat 1980-1981, nr. 521/2, 8, met verwijzing naar het advies van de Raad van State

<sup>118</sup> In de zaak X. t. V.K. heeft het Hof voor de Mensenrechten expliciet zijn eerder standpunt bevestigd dat op de Staten niet de plicht rust om een polygaam huwelijk *volledig* te erkennen. De betekenis van het begrip *volledig* werd daarbij niet nader verklaard. Met STAAL menen we dat niet bedoeld wordt dat een Staat algemeen kan weigeren om familielevens te erkennen in een dergelijk geval, maar wel dat dergelijke weigering desgevallend kan worden gerechtvaardigd in het licht van art. 8§2 E.V.R.M.: C.J. STAAL, *De vaststelling van de reikwijdte van de rechten van de mens*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1995, 224. Zie ook Duitse rechtspraak in dit verband: BverwG. 30 april 1984, *IPRax* 1985, 351: de toekenning van een verblijfstitel aan een polygame vrouw en haar kinderen moet beoordeeld worden aan de hand van een belangenafweging (met mogelijk prioriteit voor economische belangen, *in casu* gemotiveerd door de stelling dat Duitsland niet alle migratieverzoeken op zich kan nemen) en is niet *a priori* uitgesloten op grond van de openbare orde. De bescherming van het familieleven tussen ouders en kinderen door art. 6 Duitse Grondwet betreft ook polygame gezinnen (*contra*: OVG Nordrhein-Westfalen 7 maart 1985, *IPRax* 1985, 351, waarvan de strengere uitspraak mogelijk te verklaren is door een sterkere aanknoping met de interne rechtsorde, gezien de Duitse nationaliteit van de eerste echtgenote en de naturalisatie van de man tot Duitser na de tweede huwelijksluiting). Art. 6 verplicht evenwel niet *de iure* tot een gelijke behandeling van monogame en polygame huwelijken.

<sup>119</sup> E.C.R.M. 5 oktober 1987, nr. 12139/86, M. t. Nederland, *R.V. (Ndl.)* 1987, nr. 93, noot A.H.J.S.: het betreffende kind was evenwel reeds 26 jaar oud, en had slechts tussen 1980 en 1985 bij de vader gewoond. Het was niet financieel of op andere wijze van hem afhankelijk. Rekening houdend met deze gegevens, kan daarom niet gesteld worden dat de uitspraak een algemene afwijzing van familielevens in geval van polygame gezinsverhoudingen impliceert. Integendeel, de E.C.R.M. vermeldde in zijn uitspraak expliciet dat het oordeel anders zou zijn, was er een minderjarige betrokken geweest. De Commissie ging hier evenwel niet verder op in; E.C.R.M. 6 januari 1992, nr. 14501/89, A t. Nederland, *R.D.* 72, 1992, 119; E.C.R.M. 7 april 1993, nr. 14852/89, *R.D.* 74, 1993, 29: de vader was clandestien polygaam gehuwd met een in Nederland verblijvende Marokkaanse en was inmiddels genaturaliseerd tot Nederlander. Hij

70. Uit de uitspraak blijkt dat de E.C.R.M. onderscheid maakt tussen de echtgenote en de gemeenschappelijke kinderen in een monogaam gezinsverband en de echtgenote en haar kinderen in een polygaam gezinsverband. De eersten genieten een verzekerd recht op gezinshereniging. De tweede groep zal een inbreuk op het recht op eerbiediging van het familieleven moeten aantonen<sup>120</sup>. Dit verschil in behandeling berust op de verblijfsstatus van de moeder en wordt als dusdanig gerechtvaardigd bevonden, in het licht van de ruime beoordelingsmarge van de Lidstaten inzake verblijf. Bepaalde auteurs werpen terecht op dat deze motivering gebrekkig is, aangezien ze niet verduidelijkt waarom het verblijfsstatuut van de moeder zou moeten primeren op dat van de vader. Een beklemtoning van de onmogelijkheid om bij beide ouders te leven en een optie voor het behoud van het gezinsleven in het land van herkomst met de moeder was overtuigender geweest<sup>121</sup>.

Hoedanook, door aan te nemen dat polygaam gezinsleven in bepaalde omstandigheden en mits is voldaan aan een aantal voorwaarden de bescherming van art. 8 E.V.R.M. geniet<sup>122</sup>, heeft de E.C.R.M. aangegeven dat we ook in de voorliggende materie oog moeten hebben voor de feitelijke situatie alvorens we concluderen dat elke gezinsvorm die niet monogaam is meteen ook onze openbare orde stuit<sup>123</sup>. De marge die de Verdragsstaten gelaten wordt is weliswaar ruim, maar neemt niet weg dat een rechtvaardiging moet worden gegeven aan de weigering om polygame gezinsverbanden tot het verblijf te machtigen.

---

onderhield de kinderen en had regelmatig telefonische contacten met de zoon voor wie hij gezinshereniging aanvroeg. De zoon was Nederland illegaal binnengekomen met het oog op medische verzorging en een goede opleiding. De gehandhaafde band van het kind met zijn land van herkomst en de zwakke banden met zijn vader deden de E.C.R.M. evenwel besluiten dat er geen inbreuk op het familieleven was begaan. De vader had zijn vrouw en kind verlaten. Hij was alleen naar Nederland getrokken, eerst tijdelijk illegaal, later – na een kort verblijf in Pakistan t.g.v. een eerdere uitwijzing uit Nederland – als echtgenoot van een Nederlandse vrouw. Gedurende zes jaar heeft hij zijn kinderen onderhouden, regelmatig telefonische en briefcontacten met hen gehad en jaarlijkse bezoeken van zes weken verricht. Desondanks werd aangenomen dat de inbreuk op het familieleven gerechtvaardigd was, aangezien de vader opnieuw was gehuwd, het kind bij diens moeder en twee broers leefde, reeds 18 jaar oud was en sinds meer dan tien jaar niet bij zijn vader had geleefd. De Commissie nam deze rechtvaardiging aan in het licht van het economisch welzijn van het land, m.n. het onder controle houden van de bevolkingsdichtheid en de arbeidsmarkt. Een appreciatiemarge werd gegund om de noodzakelijkheidstoets te verzachten; E.C.R.M. 7 april 1993, nr. 14.852/89, M. Akhtar, J. en S. Johangier t. Nederland, *R.D.* 74, 1993, 29; E.C.R.M. 30 juni 1993, nr. 18.173/91, Baas t. Nederland, *onuitg.*; R.A. VAN DER POL, "Het Nederlandse 'polygamiebeleid' en art. 8 E.V.R.M.", *Ars Aequi* 1992, 478-479; M.J.C. KOENS, *I.c.*, 1176.

<sup>120</sup> E.C.R.M. 6 januari 1992, nr. 14.501/89, Alilouch El Abasse t./ Nederland, *R.D.* 72, 1992, 119.

<sup>121</sup> V. COUSSIRAT-COUSTERES, "Famille et Convention européenne des droits de l'homme", *I.c.*, 299.

<sup>122</sup> Ook al heeft de Commissie in zijn uitspraak gesteld dat 'preservation of the Christian based monogamous culture dominant in that country' een wettig doel verleent aan de huidige ongelijke behandeling.

<sup>123</sup> M. NYS, "Arrêt du conseil d'état du 26 novembre 1998 en cause E.M. et B. c. Etat belge", *Rev. dr. étr.* 1998, 575.

**B.1.B. VOORGESTELDE OPLOSSING****\* T.a.v. het kind uit het eerste huwelijk**

**71.** De situatie van het kind uit het eerste huwelijk kan worden vergeleken met die van het kind van uit de echt gescheiden ouders. De juridische band van het kind met de vader is dezelfde en de feitelijke (gezins-)situatie hoeft niet te verschillen<sup>124</sup>. Integendeel, ingeval van polygamie is het polygame gezinsleven door de betrokkenen vaak gewenst en zou ook de andere vrouw mogelijk graag het feitelijke gezinsleven voortzetten in België. Komt er een eind aan het familieleven, dan ligt dat vaak aan redenen buiten hun wil, m.n. aan de Belgische Vreemdelingenwet die het familieleven tussen man en vrouw niet erkent en vervolgens ook de kinderen de toegang weigert omwille van deze niet-erkenning. Aangezien een polygame man er vooralsnog niet voor kan opteren om al zijn kinderen naar België te laten overkomen, wordt hij in beginsel gedwongen tot scheiding van alle kinderen die zijn geboren uit een andere echtgenote dan deze die bij hem verblijft. Wordt overwogen om naar analogie met de regeling na echtscheiding de partners de keuze te laten bij wie het kind verblijft, dan moet, rekening houdend met het gedwongen karakter van de scheiding, soepel worden omgesprongen met de controle naar het voortbestaan van het feitelijke gezinsleven. Ook een langdurige scheiding hoeft gezinshereniging niet in de weg te staan, mits de aanvraag tot gezinshereniging in een vroeg stadium is geformuleerd (maar is afgewezen omwille van de polygame gezinsrelatie) en de contacten zo goed als mogelijk zijn onderhouden.

**72.** Aangezien de Dienst Vreemdelingenzaken inzake gezinshereniging na echtscheiding de soepelste Raad van State-rechtspraak volgt<sup>125</sup>, moet een

<sup>124</sup> S. RUTTEN, noot onder R.v.St. Ndl. 3 juli 1990, *N.J.C.M.* 1991, 434.

<sup>125</sup> Mededeling Dienst Vreemdelingenzaken bij brief van 17 december 2001; R.v.St. nr. 26.853, 23 juli 1986, *R.A.C.E.* 1986: de Raad van State oordeelde dat art. 10, 4° Vreemdelingenwet duidelijk is en slechts vergt dat het kind jonger dan 18 ten laste is. Er kunnen geen andere voorwaarden worden gesteld, dan dat de betrokken ouder over een – desnoods tijdelijk of precair – recht op bewaring beschikt. Hij mag zich de bewaring niet hebben toegeëigend. Zodra de andere ouder instemt, vb. om het kind een opleiding te laten genieten in België, ook al behoudt die ouder zich het recht voor om die toestemming te allen tijde te herroepen, het recht op gezinshereniging moet worden eerbiedigd. Zie ook een mogelijke analogie met E.C.R.M., zaak Ciliz, 20 mei 1998, nr. 29192/95, *Nemesis rechtspraak* 1999, nr. 4, 18. De wil van de ouder die in het land van herkomst is gebleven, moet blijken uit gerechtelijke akten of stukken waaruit zijn instemming blijkt: tweede "rapport over de door België genomen maatregelen die uitvoering geven aan de in het Verdrag erkende rechten alsmede over de vooruitgang die is geboekt ten aanzien van het genot van die rechten", 1998.

Art. 4.1.c. Richtlijn inzake gezinshereniging bij een derdelander ligt in dezelfde lijn. De echtgenoot of partner die om hereniging verzoekt, moet echter het effectieve gezag over de kinderen hebben en voor hen zorgen. Indien het gezag wordt gedeeld, is de toestemming van de andere ouder nodig om tot gezinshereniging over te kunnen gaan. Door deze regel kan worden voorkomen dat de gezinshereniging in feite het gezag van de andere ouder ondermijnt. Zie ook Nederland: staatssecretaris Justitie 15 mei 1987, beslissing Vreemdelingenzaken nr. 86101.01.0011 Hz: de kinderen waren toegelaten in het kader van een echtscheiding, nadat de vader reeds een nieuw gezin in Nederland had gevormd met een andere vrouw. De gezinshereniging had weliswaar snel na de echtscheiding plaatsgevonden; Rb. Haarlem 4 januari 1999, *AWB* 1999, 3078, *JUB* 1999, nr. 4-16; Rb. 's-Gravenhage, zp. Amsterdam, 19 juni 1999, *Nemesis rechtspraak* (Ndl.) 2000, nr.

loutere toestemming van de moeder-echtgenote in het buitenland ook in dit verband kunnen volstaan voor de gezinshereniging. De rechtgevende, niet-verzorgende ouder moet daarbij niet noodzakelijk veelvuldig contact hebben met het kind of de betaling van een onderhoudsbijdrage bewijzen<sup>126</sup>.

Weigert de moeder haar toestemming, dan kan de man alsnog indirect worden gemachtigd om de kinderen bij zich te nemen als hij kan aantonen dat hij het recht van materiële bewaring heeft en het vonnis tot verstrekking daarvan voldoet aan de erkenningsvoorwaarden van art. 570 Ger.W.<sup>127</sup>.

**73.** De Dienst Vreemdelingenzaken deelde ons mee dat ze vandaag reeds deze oplossing hanteert<sup>128</sup>. De kinderen kunnen herenigd worden met hun vader, die samenwoont in België met een andere echtgenote dan hun moeder, mits de verzoeker beschikt over hetzij de toestemming van de andere ouder, met voor echt verklaarde handtekening, hetzij een gerechtelijk vonnis waarin het kind aan de ouder in België wordt toegekend. Vooralsnog is evenwel geen rechtspraak in die zin gepubliceerd.

Bij de beoordeling van de rechterlijke uitspraak die aan de toekenning van de gezagsuitoefening ten grondslag ligt, kan o.i. best nagegaan worden of de procedurerechten van de echtgenote zijn gewaarborgd. Het zou onbillijk zijn om haar zonder meer zowel het verblijf in België als de verzorging van haar kinderen te ontzeggen. In dat opzicht kan haar toestemming in alle gevallen de beoordeling van het recht op gezinshereniging vergemakkelijken. Slechts als ze haar toestemming weigert, zou de gezinshereniging moeten worden ondergeschikt aan een grondig onderzoek naar de omstandigheden waarin is besloten tot toekenning van het recht van materiële bewaring aan de vader.

**74.** Ook de strengste Raad van State-rechtspraak is o.i. niet onoverkomelijk in het licht van ons voorstel. Aangezien beide ouders van het betreffende kind uit een polygaam huwelijk in een verschillende Staat verblijven, kan de ouder die in België verblijft steeds om toekenning van het recht van materiële bewaring verzoeken<sup>129</sup>. Is er onderlinge overeenstemming, dan kan de rechter hiermee rekening houden bij de toewijzing van het kind. In dat opzicht menen we dat in de meeste hypothesen gezinshereniging bij de verzoekende ouder kan worden toegestaan, mits ouder en kind niet te lang van elkaar gescheiden zijn

---

2, 18. Door de Duitse en Engelse rechtspraak wordt vereist dat de verzoeker de exclusieve uitoefening heeft van het ouderlijk gezag: GISTI (groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés), o.c., 1993, 52. In Frankrijk wordt naast een (minstens gedeeltelijke) uitoefening van het ouderlijk gezag, vereist dat de ouder mee voorziet in het onderhoud van het kind, zij het in verhouding tot zijn middelen: F. MONEGER, "L'étranger parent d'un enfant français. Le droit des étrangers au respect de leur vie privée et familiale (art. 8 CEDH)", in H. FULCHIRON (ed.), o.c., 197 (*cf. supra*, deel 2C).

<sup>126</sup> In de zaak-Ciliz is nl. van deze gecumuleerde voorwaarde afgestapt (*cf. supra* – bespreking rechtspraak Hof voor de Mensenrechten in dat verband).

<sup>127</sup> *Cf. supra*, deel 2C.

<sup>128</sup> Communicatie Dienst Vreemdelingenzaken 17 december 2001.

<sup>129</sup> Dat verzoek zal vanzelfsprekend niet steeds worden toegewezen.

geweest<sup>130</sup>.

**75.** Over het andere geval – langdurige scheiding – bestaat vooralsnog geen duidelijke rechtspraak. De uitspraak van de E.C.R.M. van 1992<sup>131</sup> getuigt van een kringredenering. Een weigering werd gerechtvaardigd bevonden in de zin van art. 14 E.V.R.M., op grond van de vaststelling dat de moeder van betrokkene in het thuisland leefde met de broers en/of zussen van het betrokken kind. Haar woonsituatie was evenwel het loutere gevolg van een weigering tot verblijf in Nederland, m.a.w. van de restrictieve immigratiepolitiek. Het is nogal dubieus om een situatie die voortvloeit uit de migratiepolitiek als rechtvaardiging aan te nemen voor een toepassing van diezelfde migratiepolitiek op het kind, te meer daar de verblijfssituatie in de ogen van de moeder ongewenst was. Het is in dat opzicht eerlijker om slechts te besluiten tot een weigering als het gezinsleven tussen vader en kind dermate is verzwakt dat het niet opweegt tegen het algemeen belang.

Zoals we reeds stelden, menen we dat bij de beoordeling van het familieleven a.h.v. het onderhoud van de contacten en een bijdrage in het onderhoud, een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de scheiding al dan niet vrijwillig was.

**76.** De marge die volgens een meerderheidsrechtspraak kan worden gehanteerd is dermate ruim dat ook het economische belang van de weigerende lidstaat een doorslaggevend criterium kan zijn, of het nu een verzoek vanwege een kind uit een eerste<sup>132</sup>, dan wel een tweede huwelijk betreft.

Een weigering om redenen van economisch belang is o.i. evenwel niet gerechtvaardigd<sup>133</sup>. Elke binnenkomst betekent een economische kost en zou op die grond kunnen worden afgewezen. Er staat vooralsnog geen rem op het aantal kinderen dat binnen één en dezelfde monogame relatie of bij 'successieve polygamie' een beroep kan doen op gezinshereniging. Het onderlinge contact en de financiële afhankelijkheid vormen o.i. ook bij polygamie de enige gerechtvaardigde beslissingsfactoren<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> De E.C.R.M. heeft weliswaar in een aanleunende materie te kennen gegeven dat het Nederlandse vreemdelingenbeleid in het licht van art. 8 j° 14 E.V.R.M. 'could give rise to some problems in relation to minor children born by another wife' (E.C.R.M. 5 oktober 1987, nr. 12.139, *R.V. (Rechtspraak Vreemdelingenrecht)* 1987, 93). *In casu* heeft de Commissie zich evenwel niet verder moeten uitspreken, gezien de meerderjarige leeftijd van de zoon.

<sup>131</sup> E.C.R.M. 6 januari 1992, *aangeh.*

<sup>132</sup> O.m. R.v.St. Ndl. 3 juli 1990, *N.J.C.M.* 1991, 431, noot S. RUTTEN.

<sup>133</sup> Zie ook J.D.M. STEENBERGEN, "De Raad van State en art. 8 EVRM", *Migrantenrecht* 1990, 5: Het evenredigheidsbeginsel is geschonden bij gebrek aan een dringende en maatschappelijke behoefte in een welvarende Westerse Staat.

<sup>134</sup> Zoals o.m. reeds werd aangenomen door: R.v.St. Ndl. 24 april 1989, *AB* 1990, 300, noot H.J. Simon en B.M.J. VAN DER MEULEN; R.v.St. Ndl. 3 juli 1990, *N.J.C.M.-bulletin* 16-5, 1991, 430-436, noot S.W.E. RUTTEN.

**\* T.a.v. het kind uit een volgend huwelijk**

**77.** Ook t.a.v. het kind uit het tweede of volgende polygame huwelijk zou minstens in een mogelijkheid tot gezinshereniging met de vader moeten worden voorzien, mits bewijs van regelmatige contacten en toestemming van de moeder of gerechtvaardigde toekenning van het bewaringsrecht.

De E.C.R.M. heeft in 1992 evenwel met de zaak-Rabia Bibi t. V.K. een weigering gerechtvaardigd bevonden op grond van de doelstelling “de parer à la formation de ménages polygames, considérés comme inacceptables par la majorité de la société, et de sauvegarder la culture monogame d’origine chrétienne”<sup>135</sup>. *In casu* werd de mogelijke intensiteit van het familieleven van vader en kind overigens niet in overweging genomen<sup>136</sup>.

**78.** Wij menen dat er geen redelijke rechtvaardiging is om de hieruit voortvloeiende ongelijke behandeling tussen de kinderen, naargelang hun geboorte uit het eerste, dan wel het tweede huwelijk, te handhaven.

Het kind in een voortbestaand polygaam gezinsverband moet minstens een even gunstige regeling kunnen genieten als in de hypothese dat het polygame huwelijk zou worden nietigverklaard. Bij nietigverklaring geniet het kind het voordeel van putatief huwelijk<sup>137</sup>. Dit impliceert dat alle voorheen verworven rechtsgevolgen van het huwelijk voor het kind blijven bestaan. Deze situatie leunt nauw aan bij die van een kind met uit de echt gescheiden ouders. Een analogische regeling van de situatie van het kind uit een polygaam huwelijk en die van het kind van uit de echt gescheiden ouders, waarbij de ouders elk in een andere Staat verblijven, lijkt ons daarom gerechtvaardigd. Centraal in ons voorstel staat een keuzerecht in hoofde van de ouder met recht van materiële bewaring, verleend door een vonnis dat voor erkenning in aanmerking komt<sup>138</sup>. Dat keuzerecht zal vaak aan de moeder toekomen. Stemmen zowel zij als de vader in met gezinshereniging bij de vader, dan menen we dat dergelijke hereniging kan worden toegestaan, tenzij het belang van het kind zich er kennelijk tegen zou verzetten<sup>139</sup>. Mogelijk kan worden bepaald dat het kind vanaf de leeftijd van twaalf jaar moet toestemmen met een verandering van levenssfeer.

<sup>135</sup> E.C.R.M. nr. 19628/92, Rabia Bibi t. V.K., 29 juni 1992, *onuitg.*, geciteerd in M. BUQUICCHIO-DE BOER, *L'égalité entre les sexes et la Convention européenne des droits de l'homme, Aperçu de la jurisprudence strasbourgeoise, Dossiers sur les droits de l'homme*, 1995, 10.

<sup>136</sup> In dezelfde zin: R.v.St. Ndl. 28 februari 1980, nr. A-2.0432 (1979), *Gids Vreemdelingenrecht*, Jur. D13-52, p. 301: de vader had ingeroepen dat door het optierecht de Nederlandse regering de geldigheid van het polygame huwelijk erkent, maar anderzijds ‘hieruit ten onrechte niet de conclusie trekt dat alle kinderen – ongeacht uit welk huwelijk geboren – dienen te worden toegelaten’. Het polygame karakter van het huwelijk kan niet aan de daaruit geboren kinderen worden tegengeworpen, zo stelde hij o.i. terecht. De Raad van State volgde evenwel het standpunt van de regering dat ‘de enkele erkenning van de wettigheid van een polygaam huwelijk niet onverenigbaar is met het algemeen belang, dat met een beperkte toelating van vreemdelingen is gediend.

<sup>137</sup> Art. 202 B.W.

<sup>138</sup> Cf. *supra*, randnr. 72, onze verwijzing naar art. 570 Ger.W.

<sup>139</sup> Bv. bij relationele problemen met de andere echtgenote.



79. Het gegeven dat bij echtscheiding de echtgenote met wie de vader momenteel in België verblijft, hem pas later heeft vervoegd, en hier bijgevolg een verschil optreedt t.a.v. de hypothese van polygamie, waarbij de eerste echtgenote pas achteraf wordt geconfronteerd met een mogelijk ongewenst tweede huwelijk mét kinderen, lijkt ons onvoldoende relevant om een verschil in behandeling te rechtvaardigen. Ook in het interne huwelijksrecht wordt een echtgenoot mogelijk geconfronteerd met het bedrog van een partner die zijn voorgaande, inmiddels ontbonden, huwelijk verborgen heeft gehouden<sup>140</sup>. *En mariage trompe qui peut...*

80. Het gelijkheidsbeginsel impliceert dat ook het tweede kind wiens moeder de vader niet kan vervoegen, aanspraak kan maken op een recht op hereniging met de vader, mits het vanzelfsprekend, evenals in de hypothese van een echtscheiding, daartoe de toelating van de moeder heeft gekregen of onder het (erkende) bewaringsrecht van de vader ressorteert.

81. Uit onze redenering volgt dat art. 13 van het Belgisch-Marokkaanse verdrag van 13 oktober 1976 niet langer zo kan worden geïnterpreteerd dat het kind uit een vorig huwelijk niet kan worden beschouwd als deel van het nieuwe gezin van zijn vader met de vrouw met wie hij hertrouwd is<sup>141</sup>. Er worden best geen andere voorwaarden gesteld dan dat het kind ten laste is en de moeder akkoord gaat. De Raad van State nam vooralsnog in dit verband een dubbelzinnige houding aan. Twee jaar vóór de weigering t.a.v. een Marokkaans gezin, heeft de Raad dergelijke toelating wél verenigbaar bevonden met art. 11 van het Belgisch-Turkse verdrag, dat nochtans een gelijkaardige formulering hanteert<sup>142</sup>.

#### **\* Enkele praktische moeilijkheden bij de gezinshereniging**

82. De bedenking die we hierboven maakten m.b.t. de beperking van art. 10, 4° Vreemdelingenwet inzake de termijn waarbinnen opeenvolgende gezinsherenigingen moeten plaatsvinden en m.b.t. het cascadeverbod is ook van toepassing op de situatie van de kinderen. We gaan hier nader op in, maar benadrukken voorafgaandelijk dat de regeling niet van toepassing is op vreemdelingen die de werking van een gunstigere verdragsbepaling genieten, zoals *in casu* o.m. Marokkaanse onderdanen.

#### **- De termijnbeperking van art. 10, 4° Vreemdelingenwet**

83. Volgens de termijnbeperking kunnen de kinderen hun vader slechts vervoegen binnen het burgerlijk jaar dat volgt op de eerste gezinshereniging. Hieruit volgt dat slechts de kinderen die op dat ogenblik reeds zijn geboren en

<sup>140</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnrs 61 en 76.

<sup>141</sup> Hiertoe werd voorheen besloten door R.v.St. nr. 22.867, 20 januari 1983, *Rec. C.E.* 1983, 150, *A.P.M.* 1983, 20.

<sup>142</sup> R.v.St. nr. 21.576, 20 november 1981, *Rev. dr. étr.* 1981, 61.

voor wie een verzoek tot gezinshereniging is ingediend, hun vader zullen kunnen vervoegen. Is het tweede huwelijk slechts aangegaan in het tweede kalenderjaar dat volgt op de datum waarop de eerste echtgenote de man heeft vervoegd op grond van gezinshereniging, dan zal geen enkel kind uit het tweede of daaropvolgende huwelijk de polygame vader kunnen vervoegen, tenzij het reeds voorhuwelijks was geboren.

De termijnbeperking stelt hiermee een discriminatie in op grond van geboorte. Zolang aangenomen kan worden dat er een effectief gezinsleven<sup>143</sup> bestaat tussen vader en kind, moet het kind zijn recht op gezinshereniging kunnen uitoefenen. De Dienst Vreemdelingenzaken sluit zich algemeen aan bij deze opvatting<sup>144</sup>. We menen bijgevolg dat ook bij polygamie deze beperking alvast geen bijkomende rem zet op een machtiging tot het verblijf.

#### **- Het cascadeverbod van art. 10, 4° Vreemdelingenwet**

**84. Discriminatie.** Ook het cascadeverbod van art. 10, 4°, voorlaatste lid Vreemdelingenwet brengt in beginsel meerdere beperkingen met zich mee. Heeft de polygame man zelf gebruik gemaakt van de bepalingen inzake gezinshereniging om ons land binnen te komen, bv. na een tweede huwelijk, dan maakt het cascadeverbod in beginsel een daaropvolgende gezinshereniging met het kind van de eerste echtgenote onmogelijk.

Met dit verbod kan op twee wijzen worden omgegaan. Enerzijds kan worden benadrukt dat de man er zelf voor heeft geopteerd zijn kinderen in de steek te laten en ze vanuit België een onderhoud te verschaffen. Zijn opzet dient niet te worden beloond. Dat zijn eerste echtgenote en kinderen daar mogelijk onder lijden, doet niets terzake. Anderzijds kan de beoordeling afhankelijk worden gemaakt van het stilzitten van de eigen overheid in de genoemde hypothese. In het raam van het verzoek van de polygame man om gezinshereniging bij zijn tweede echtgenote zou redelijkerwijze moeten zijn besloten dat het betreffende huwelijk nietig is wegens polygamie. De gezinshereniging zou hem vervolgens zijn geweigerd. De vraag om gezinshereniging voor de kinderen zou zich nooit hebben gesteld. Vanuit zijn plicht als ambtenaar om strafrechtelijke inbreuken aan te geven (art. 29 Sv.), zou de Dienst Vreemdelingenzaken bovendien het O.M. moeten hebben aangesproken met het oog op een vordering tot nietigverklaring van het huwelijk. Ook indien de man door de mazen van het net zou zijn geglipt en de polygamie pas later aan het licht zou zijn gekomen, zou een latere nietigverklaring hem het recht op voortzetting van zijn verblijf hebben ontnomen.

**85.** Zolang het tweede huwelijk niet burgerrechtelijk nietigverklaard is, vormt o.i.

<sup>143</sup> Verdragsrecht bepaalt dat het gezinsleven kan uitdoven na bepaalde tijd, tenzij de partijen zelf stappen zetten om die uitdoving te vermijden, m.n. door telefonisch contact te onderhouden of elkaar regelmatig op te zoeken.

<sup>144</sup> Communicatie met Dienst Vreemdelingenzaken van 17 december 2001 .

het cascadeverbod een ongeoorloofde inbreuk op het gelijkheidsbeginsel<sup>145</sup>. Elk oprecht huwelijk moet bescherming van het gezinsleven kunnen genieten.

**86. Discriminatie binnen de discriminatie.** Het cascadeverbod is evenwel niet ingesteld t.a.v. elke polygame man, maar slechts ten aanzien van derdelanders die hun verblijf niet op gezinshereniging met een EU-onderdaan steunen. De polygame man die België als kind of echtgenoot<sup>146</sup> van een EER-onderdaan is binnengekomen, heeft de toepassing van art. 40, §5 Vreemdelingenwet genoten. Hij kan vervolgens zijn kind uit een ander huwelijk laten overkomen op grond van art. 10, 4° Vreemdelingenwet.

Wordt de vader van het kind Belg, dan kan hij vanaf dat ogenblik steeds, ongeacht zijn eigen oorspronkelijke verblijfsgrond, in toepassing van art. 40, §5 Vreemdelingenwet onbeperkt om gezinshereniging t.b.v. zijn kinderen uit een ander huwelijk verzoeken. Polygamie die in het verleden is ontstaan, kan hem niet ten kwade worden geduid. Art. 40 Vreemdelingenwet stelt geen cascadeverbod in.

**\* Geen gezinshereniging t.a.v. de tweede echtgenote – moeder die in het buitenland verblijft**

**87.** De huidige regeling maakt mogelijk inbreuk op het recht op bescherming van het gezinsleven van één van de partners. De kinderen kunnen slechts bij één van hen verblijven. Voorheen hadden we het reeds over een mogelijke *regularisatie* van het verblijf van de tweede of volgende echtgenote in de hypothese dat de polygamie pas na haar binnenkomst aan het licht kwam<sup>147</sup>. De vraag die we hier behandelen is of het recht op bescherming van het gezinsleven van het kind t.a.v. de vader met wettig verblijf, eveneens aan de grondslag kan liggen van een machtiging tot *binnenkomst* voor de moeder<sup>148</sup>.

**88.** Van een vrouw die in haar herkomstland geldig polygaam is gehuwd en die er is bevallen van een kind, zou men mogelijk kunnen stellen dat geen enkel belang opweegt tegen het recht van haar kind om zijn beide ouders te kennen en zo goed als mogelijk door beiden te worden opgevoed (*cf. supra*). Men zou kunnen menen dat het strijdig is met de menselijke waardigheid om de moeder, die haar huwelijk volledig te goeder trouw is aangegaan, te verplichten om de keuze te maken tussen ofwel zelf het kind opvoeden ofwel de vader die kans laten.

Een systematische machtiging tot verblijf voor de polygame echtgenote die in haar herkomstland is bevallen van een kind, opent evenwel de deur voor grootschalig misbruik. Elke man wiens personeel statuut polygamie toelaat, zou

<sup>145</sup> Cf. *supra*, deel 2C, randnr. 153.

<sup>146</sup> Eventueel voormalige echtgenoot, in de hypothese dat hij bij de echtscheiding over een zelfstandig verblijfsrecht beschikte.

<sup>147</sup> R.v.St. nr. 79.295, 16 maart 1999 (Ben Hida), *Rev. dr. étr.* 1999, 258.

<sup>148</sup> S. RUTTEN, *Erven naar Marokkaans recht. Aspecten van Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepasselijkheid van Marokkaans erfrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 237.

in zijn herkomstland polygaam kunnen huwen en zijn tweede of volgende echtgenote na de geboorte van hun eerste kind kunnen laten overkomen. Hiermee zou de strijd tegen polygamie definitief verloren zijn.

In dit verband is het dan ook aangewezen om de *connections approach* toe te passen en te verwachten dat de man die zijn gezinsleven met vrouw en kind wil voortzetten, bereid is om daartoe terug te keren naar zijn herkomstland, ook al verblijft hij reeds op stabiele wijze in België.

**89.** De vaststelling dat de moeder haar kind niet zal kunnen volgen, zet ons ertoe aan te herhalen dat het van belang is om een toelating tot gezinshereniging van haar kinderen bij de vader onder te schikken aan een grondige controle. Heeft de tweede echtgenote vrij toegestemd in een desgevallende overdracht van het feitelijke gezag aan de vader? Of is ze op gepaste wijze betrokken bij de rechterlijke uitspraak waarbij hem het recht van materiële bewaring is toegekend (*cf. supra*)?

## **B.2. DISCRIMINATIE OP GROND VAN DE BURGERLIJKE STAAT VAN DE OUDERS: DE ONMOGELIJKHEID VAN EEN VERBLIJF MET BEIDE POLYGAME OUDERS IN BELGIË, OOK VOOR HET BELGISCHE KIND**

**90.** Tevens menen we dat de huidige regeling een discriminatie instelt op grond van de burgerlijke staat van de ouders. Deze discriminatiegrond kan worden ondergebracht bij de vermelding 'andere status' in art. 14 E.V.R.M.

Ook in de hypothese waarbij het kind recht op verblijf geniet ingevolge zijn Belgische nationaliteit, kan het in de huidige stand van zaken geen gebruik maken van het engagement dat de Verdragsstaten bij het I.V.R.K. nochtans op zich hebben genomen om het kind een opvoeding te gunnen door beide ouders<sup>149</sup>.

Art. 7 I.V.R.K. verwoordt het recht van het kind om, *voor zover mogelijk*, door zijn ouders te worden verzorgd. De Verdragsstaten waarborgen in hetzelfde artikel de verwezenlijking van dit recht 'in overeenstemming met hun nationale recht'<sup>150</sup>. De omschrijving 'voor zover mogelijk' lijkt te kunnen worden ingevuld m.b.v. een lezing van art 9 I.V.R.K.: "De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, (...), beslissen dat deze *scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind*. Dergelijke beslissing kan noodzakelijk zijn in een bepaald geval, zoals (...) wanneer de ouders *gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind*". Beide bepalingen hebben o.i., zoals we reeds argumenteerden, rechtstreekse werking in de interne

<sup>149</sup> Art. 7, 9 en 10 I.V.R.K.

<sup>150</sup> In ongeveer dezelfde zin: art. 18 I.V.R.K.: "De Staten die partij zijn, doen alles wat in hun vermogen ligt om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind".

rechtsorde<sup>151</sup>.

We menen dat de huidige regeling deze voorwaarde, m.n. dat een scheiding noodzakelijk is, niet vervult. Meerdere vroegere uitspraken hebben uitgewezen dat het kind niet wordt geacht deel uit te maken van het gezin dat de vader vormt met de eerste echtgenote. Heeft het kind niet de Belgische nationaliteit en bijgevolg geen recht op voortgezet verblijf in België, dan moet het noodzakelijkerwijze de moeder volgen. Voor de vader kiezen, behoort binnen de huidige rechtspraak overigens niet tot de mogelijkheden. Deze praktijk staat haaks op art. 10 I.V.R.K.: "*in overeenstemming met de verplichting van de Staten die partij zijn krachtens artikel 9, eerste lid, worden aanvragen van een kind of van zijn ouders om een Staat die partij is voor gezinshereniging binnen te gaan of te verlaten, door de Staten die partij zijn met welwillendheid, menselijkheid en spoed behandeld*".

91. Zoals we reeds aangaven is aan de laatste twee schendingen tegemoetgekomen door de Dienst Vreemdelingenzaken. Deze laat toe dat het kind de vader vervoegt, mits toestemming van de moeder of toekenning van het recht van materiële bewaring aan de vader.

Dat neemt niet weg dat het kind niet in de mogelijkheid is om met zijn beide ouders samen te leven in België, ook al is dat hun gemeenschappelijke wens. We gaven evenwel aan dat deze onmogelijkheid o.i. in een aantal situaties gerechtvaardigd is.

### **B.3. DISCRIMINATIE OP GROND VAN NATIONALITEIT: DE ONGELIJKE BEHANDELING TUSSEN KINDEREN UIT HET TWEDE POLYGAME HUWELIJK ONDERLING**

92. Daarnaast worden de kinderen uit het tweede polygame huwelijk verschillend behandeld naargelang van hun nationaliteit. Het is mogelijk dat slechts enkele kinderen binnen éénzelfde gezin toegang hebben tot het verblijf, omdat hun nationaliteit<sup>152</sup> dat toelaat en de nationaliteit van de andere kinderen niet.

Het kind uit het tweede huwelijk geniet immers wél recht op verblijf in België indien het de Belgische nationaliteit heeft. Nationaliteit brengt van rechtswege recht op verblijf mee. Is het kind bv. in het buitenland geboren uit een Belgische moeder, die de tweede echtgenote van de man is, dan zal het door de

<sup>151</sup> Cf. *supra*, deel 2C, randnr. 49, met verwijzing naar o.m. Arbitragehof nr. 62/94 van 14 juli 1994, *J.L.M.B.* 1995, 164, noot D. PIRE (art. 7 I.V.R.K.); m.b.t. art. 9.1 I.V.R.K.: Brussel 22 april 1997, *J.L.M.B.* 1999, 321; m.b.t. art. 9.2 I.V.R.K.: Cass. 11 maart 1994, *Arr. Cass.* 1994, 253, noot J.D.J.; Brussel 22 april 1997, *J.L.M.B.* 1999, 321; Arbeidsrb. Brugge 24 december 2001, A.R. 105.997, *onuitg.*; Arbh. Luik 26 maart 1997, *Soc. Kron.* 1998, 544, noot J. JACQMAIN. De Raad van State heeft evenwel vooralsnog geen directe werking van art. 9 I.V.R.K. aangenomen: R.v.St. nr. 65.754 van 1 april 1997, <http://www.raadvst-consetat.be>; R.v.St. nr. 97.206 van 28 juni 2001, *T. Vreemd.* 2001, 344.

<sup>152</sup> Al dan niet de enige nationaliteit.

automatische verkrijging van haar nationaliteit, recht op verblijf in België genieten<sup>153</sup>.

**93.** Heeft de vader na de sluiting van zijn tweede of volgende huwelijk de Belgische nationaliteit verworven op grond van zijn eerste huwelijk met een Belgische vrouw<sup>154</sup>, dan kunnen al zijn kinderen ook de Belgische nationaliteit verwerven, ook al zijn ze in het buitenland geboren<sup>155</sup>. Oefent de ouder die vrijwillig de Belgische nationaliteit verkrijgt, gezag uit over zijn minderjarige kind, dan wordt de Belgische nationaliteit automatisch aan het kind toegekend<sup>156</sup>.

Ook een naturalisatie heeft directe gevolgen voor het kind.

Geboorte uit een ouder die Belg is of wordt, geeft het minderjarige kind m.a.w. recht op verblijf. De Belgische nationaliteit van de ouder versterkt nochtans de band van de gezinssituatie met de Belgische rechtsorde en bijgevolg de strijdigheid van de polygamie met de openbare orde. Zoals we reeds stelden, kunnen de kinderen daar evenwel niet het slachtoffer van zijn.

**94.** Ook als het kind in België is geboren uit een niet-Belgische vader of moeder die er zelf is geboren en tevens gedurende vijf jaar van de afgelopen tien jaar hoofdverblijf heeft gehad, wordt het van bij de geboorte de Belgische nationaliteit toegekend<sup>157</sup>. Het kan vervolgens ook na afwezigheid op elk ogenblik terugkomen naar België.

**95.** Heeft het kind de Belgische nationaliteit niet, dan kan het in beginsel het land niet binnenkomen om met zijn vader samen te leven en kan deze laatste zijn ouderlijk gezag feitelijk niet uitoefenen. Ook als het kind in België geboren is, maar niet de Belgische nationaliteit heeft, zal het de tweede echtgenote moeten volgen, in geval deze geen wettige verblijfsgrond heeft. Ook al kan een hoogzwangere vrouw met illegaal verblijf niet worden verwijderd in toepassing van art. 3 E.V.R.M.<sup>158</sup>, na haar bevalling kan ze zich niet langer op die grond steunen. Enkel art. 9, derde lid Vreemdelingenwet biedt in deze hypothesen mogelijk nog een uitweg. De Dienst Vreemdelingenzaken blijkt evenwel, zoals we reeds aangaven, bereid om een analoge regeling als na echtscheiding toe te

<sup>153</sup> De beoordeling gebeurt los van de nietigheid van het polygame huwelijk.

<sup>154</sup> Door nationaliteitsverklaring na drie jaar verblijf in België en minstens zes maanden samenleving met de eerste echtgenote: art. 15 W.B.N.

<sup>155</sup> M.n. in toepassing van art. 8, §1, 2°, b W.B.N.: door een verklaring van de vader waarbij hij verzoekt om toekenning van de Belgische nationaliteit aan het kind, alvorens dat vijf jaar oud is.

<sup>156</sup> Art. 12 W.B.N.

<sup>157</sup> Art. 11 W.B.N.

<sup>158</sup> Naar analogie van o.m. rechtspraak die de onredelijkheid bevestigde van een tijdelijke verwijdering met het oog op het ophalen van binnenkomstdocumenten (evenwel zonder expliciete oproeping van art. 3 E.V.R.M. en t.a.v. de echtgenote van een Belg) : R.v.St. nr. 40.186, 28 augustus 1992, R.A.C.E. 1992: "In casu kunnen, gelet op de bewezen zwangerschap van verzoekster, de tijd, kosten, en risico's van de verplaatsingen nodig om een nieuw document te bekomen om het Rijk binnen te komen, een moeilijk te herstellen ernstig nadeel opleveren". Zie evenwel afwijzing van een vordering op grond van art. 8 E.V.R.M.: C.E. fr. 19 april 1991, R.C.D.I.P. 1991, 679.

passen.

## C. GEZINSHERENIGING NA BEËINDIGING VAN DE POLYGAME GEZINSSITUATIE

### C.1. GEZINSHERENIGING VOOR DE TWEEDE ECHTGENOTE NA BEËINDIGING VAN DE POLYGAME GEZINSSITUATIE

#### C.1.A. GEZINSHERENIGING BIJ SUCCESSIEVE POLYGAMIE

96. Een tweede huwelijk, na de ontbinding van een vroeger huwelijk door echtscheiding of erkende verstoting<sup>159</sup>, geeft onmiddellijk<sup>160</sup> recht op gezinshereniging voor de nieuwe echtgenoot, ook in geval de rechtgevende zijn/haar vroegere partner eveneens van dat recht heeft laten genieten. Het bestaande gezinsleven moet immers worden geëerbiedigd.

Om dezelfde reden kan geen toepassing worden gemaakt van de termijnbeperking in art. 10, 4°, tweede lid Vreemdelingenwet<sup>161</sup>. Dergelijke beperking zou impliceren dat zowel de ontbinding van het eerste huwelijk als de tweede huwelijkssluiting en het verzoek van de tweede echtgenote om haar man in België te vervoegen, zouden moeten plaatsvinden binnen het jaar na de installatie van de eerste echtgenote in België. Slechts in geval deze reeds vóór haar huwelijk een zelfstandig recht op verblijf in België genoot en ze bijgevolg geen gebruik zou hebben gemaakt van de regeling van art. 10, zou na ontbinding van het eerste huwelijk geen beperking in de tijd gelden voor de tweede echtgenote, die de regeling als eerste zou invoeren. We argumenteerden voorheen reeds dat dergelijke regeling art. 8 E.V.R.M. zou schenden<sup>162</sup>. Bij echtscheiding en nieuw huwelijk gaat zowel t.a.v. de nieuwe echtgenote, als t.a.v. de kinderen die uit dat huwelijk worden geboren, een nieuwe termijn in.

<sup>159</sup> Brussel 26 oktober 1983, *T. Vreemd.* 1985, 29.

<sup>160</sup> Dit volgt *a fortiori* uit rechtspraak die bevestigt dat een oorspronkelijk polygaam huwelijk na ontbinding van het voorgaande huwelijk recht geeft op gezinshereniging: o.m. R.v.St. 24 mei 1984, nr. 24.401, *Rec. C.E.* 1984, 947; R.v.St. 9 juli 1986, *Rev. dr. étr.* 1986, 104. Zie expliciet voor Frankrijk: F. MONEGER, "Les musulmans devant le juge français", *JDI Clunet* 1994, 366, verwijst naar de vernietiging door de Franse Conseil Constitutionnel van een zinsnede in een Franse wetsvoorstel 'sur la maîtrise de l'immigration', ten gevolge waarvan de gezinshereniging van de tweede echtgenote slechts na een wachttijd van twee jaar, te rekenen vanaf de ontbinding van het eerste huwelijk zou kunnen plaatsvinden. De voorgestelde bepaling werd strijdig bevonden met het recht om te huwen.

<sup>161</sup> Zie evenwel de strikte interpretatie die de overheid aan de bepaling geeft en die op het eerste gezicht slechts ruimte zou laten voor een machtiging tot verblijf in het licht van art. 9 Vreemdelingenwet, waarvan de toekenning afhangt van het discretionaire oordeel van de Minister: Memorie van toelichting, *Gedr. St. Kamer* 1983-84, nr. 756/1, 5; Commissieverslag *Gedr. St. Senaat* 1983-84, nr. 660/2, 37 (verwerping van vier amendementen tot schrapping van het lid, omwille van de denkbare hypothesen van nakomen na de beëindiging van de studies, of na overlijden van de moeder).

<sup>162</sup> *Cf. supra*, deel 2C.

97. Het ongerechtvaardigde karakter van een tegengestelde opvatting blijkt tevens uit de vaststelling dat volgende feitelijk ongelijke behandeling eruit voortvloeit: de beperking zou slechts gelden bij nieuw huwelijk na echtscheiding en niet nadat een eerste huwelijk is nietigverklaard. Een nietigverklaard huwelijk wordt met name geacht nooit te hebben bestaan. De fictie wordt m.a.w. gecreëerd dat de echtgenoot nog geen gebruik heeft gemaakt van het gezinsherenigingsrecht.

98. Heeft de ex-echtgenote inmiddels een zelfstandig recht op verblijf verworven, dan behoudt hij/zij vanzelfsprekend het verworven recht op verblijf. Een echtscheiding werkt slechts voor de toekomst. Verworven rechten blijven onaangetast. Een recht op voortgezet verblijf voor de ex-echtgenote staat gezinshereniging met de andere echtgenote niet in de weg<sup>163</sup>.

### C.1.B. GEZINSHERENIGING BIJ BEÏNDIGING VAN POLYGAMIE

99. Ook in geval een vreemdeling met wettig verblijf in België een polygaam huwelijk aangaat en pas later de eerste echtgenote verstoot, een echtscheiding bekomt of het eerste huwelijk nietigverklaard ziet, opent hij voor zijn tweede echtgenote een recht op gezinshereniging, mits de huwelijksontbinding in België wordt erkend<sup>164</sup>. In het licht van de functionele werking van het beginsel van openbare orde voor de erkenning van buitenlandse akten en beslissingen, kan het tweede huwelijk na ontbinding<sup>165</sup> of nietigverklaring<sup>166</sup> van het eerste huwelijk immers alsnog geldig worden<sup>167</sup>. Daarbij is het van geen belang of het recht op

<sup>163</sup> Communicatie Dienst Vreemdelingenzaken bij brief van 17 december 2001, m.b.t. een voormalig polygaam huwelijk.

<sup>164</sup> R.v.St. 24 mei 1984, nr. 24.401, *Rec. C.E.* 1984, 947; R.v.St. 9 juli 1986, *Rev. dr. étr.* 1986, 104: de rechter vond het niet nodig te onderzoeken of het tweede huwelijk strijdig was met de openbare orde aangezien op het ogenblik van binnenkomst van de tweede vrouw, het eerste huwelijk van de echtgenoot reeds was ontbonden; R.v.St. 29 augustus 1994, nr. 48.817, *R.A.C.E.* 1994 en R.v.St. 26 november 1998, nr. 77.261, *Rev. dr. étr.* 1998, 572, noot M. NYS; R.v.St. 29 augustus 1994, nr. 48.817, *R.A.C.E.* 1994; R.v.St. 9 juli 1986, nr. 26.851, *R.A.C.E.* 1986; R.v.St. 24 mei 1984, nr. 24.401, *Arr. R.v.St.* 1984, 947; R.v.St. 15 maart 1984, nr. 24.089, *R.A.C.E.* 1984, 451: de vordering tot nietigverklaring van het bevel om het grondgebied te verlaten, is door de 'monogamisering' van het huwelijk zonder voorwerp geworden. *Cf. infra* evenwel de tegengestelde opvatting van bepaalde rechters bij echtscheiding van de eerste echtgenote.

<sup>165</sup> Luik 13 december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 45 (*cf. supra*, buitenlandse wetgeving in dezelfde zin). *Cf. infra* evenwel rechtspraak in tegengestelde zin.

<sup>166</sup> Luik 13 december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 45.

<sup>167</sup> Cass. 27 februari 1986, *R.C.J.B.* 1989, 56, noot N. WATTE, *Rev. not. b.* 1986, 474, noot R. VANDER ELST; N. WATTE, *Les droits et devoirs des époux en droit international privé*, Brussel, Larcier, 1987, 215 e.v.; M. TAVERNE, "Quelques réflexions à propos de la polygamie", *Ann. Dr. Louv.* 1983, 244. Deze handelwijze is tevens verwoord in art. 11, lid 2 Verdrag inzake het aangaan en de erkenning van de geldigheid van huwelijken, Den Haag 14 maart 1978, *Tractatenblad van Nederland* 1987, 137, dat evenwel niet is ondertekend door België. zie ook alle andere Europese rechtsstelsels (o.m. art. 184 en 189 Franse, Luxemburgse en Belgische C.C., art. 37 Joegoslavische wet, art. 13 §3 Poolse wet, art. 7§2 Hongaarse wet, art. 19 Bulgaarse wet, art. 122(3) Zwitserse wet, art. 114(3) Turkse wet, art. 31 Noorse wet en art. 23 Deense personele wet), behalve het Angelsaksische (evenwel betwist), waar het tweede huwelijk van bij de sluiting onomkeerbaar nietig is: J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de*



gezinshereniging wordt opgeworpen bij de betwisting van een bevel om het grondgebied te verlaten<sup>168</sup>, of op het ogenblik van de binnenkomst in België<sup>169</sup>.

Een andere uitkomst zou een discriminatie inhouden t.a.v. de situatie van opeenvolgende huwelijken<sup>170</sup>. De Raad van State gaf reeds aan dat een weigering de rechten zou schenden van de rechtgevende man die hier rechtsgeldig verblijft en van het kind dat desgevallend uit de relatie is geboren<sup>171</sup>.

**100.** Vervalt de polygamie n.a.v. de nietigverklaring van het eerste huwelijk<sup>172</sup>, dan is de bigame man of vrouw bovendien niet langer strafbaar op grond van bigamie. Een nietigverklaring werkt immers *ex tunc*. Het huwelijk wordt geacht nooit te hebben bestaan.

Ook in het kader van een vordering tot nietigverklaring van het tweede huwelijk op grond van polygamie kan de nietigheid van het eerste huwelijk nog worden tegengeworpen. Uit art. 188 en 189 B.W. volgt dat de rechter de behandeling van de hoofdvordering zal uitstellen en eerst de geldigheid van het eerste huwelijk zal nagaan. Blijkt dat huwelijk nietig, dan kan het tweede huwelijk niet langer worden nietigverklaard op grond van bigamie. Aangezien het eerste wordt geacht nooit te hebben bestaan, is er immers nooit sprake geweest van bigamie. Het tweede huwelijk is geldig en de persoon die voorheen gelijktijdig met twee personen was gehuwd, is niet langer strafbaar, ook al was hij mogelijk van kwade trouw. Hiertoe besloot het Hof van Cassatie in 2001<sup>173</sup>. *In casu* was een Belgische vrouw drie maal gehuwd geweest. Het eerste Belgische huwelijk met een Belg had ze laten ontbinden. Nog vóór het vonnis in kracht van gewijsde was getreden, was ze in Nigeria een huwelijk aangegaan met een Nigeriaan. Twee jaar later huwde ze in België met een Liberiaan. Het O.M. had de nietigverklaring van de twee laatste huwelijken gevorderd, het ene omwille van schijnhuwelijk, het tweede op grond van bigamie. Het Hof heeft zich beperkt tot een vernietiging van het schijnhuwelijk.

**101.** De Dienst Vreemdelingenzaken heeft onze stelling bevestigd dat een echtscheiding van de eerste echtgenote impliceert dat de volgende echtgenote tot het verblijf kan worden toegelaten. Deze bevestiging ligt binnen de

---

*corps, dans les systèmes européens*, Brussel, Larcier, 1981, 350. Zie ook Duitse I.P.R.-rechtspraak: AG Heidelberg 15 januari 1985, *IPRax* 1986, 155, bevestigd door OLG Karlsruhe 12 juli 1985, *IPRax* 1986, 146, noot H.H. HESSLER (impliciet: *in casu* had de rechter het verzoek van het O.M. om nietigverklaring verworpen als rechtsmisbruik: de zaak vertoonde vele aanknopingspunten met het buitenlands recht dat polygamie toeliet. De tweede echtgenote moest bovendien worden beschermd: ze was volledig te goeder trouw gehuwd en naar Duitsland gekomen).

<sup>168</sup> R.v.St. 15 maart 1984, nr. 24.089, *Arr. R.v.St.* 1984, 451.

<sup>169</sup> R.v.St. 9 juli 1986, nr. 26.851, *R.A.C.E.* 1986.

<sup>170</sup> S. GOUDSMIT en T. DE LANGE, "Kroniek vreemdelingenrecht. Eindelijk politieke aandacht voor immigrantenvrouwen?", *Nemesis* (Ndl.) 1999, 162.

<sup>171</sup> R.v.St. nr. 79.295, 16 maart 1999, *Rev. dr. étr.* 1999, 258.

<sup>172</sup> Bv. op grond van schijnhuwelijk, ander wilsgebrek, verwantschapsbeletsel.

<sup>173</sup> Cass. 20 april 2001, A.R. C.00.0429.N, <http://www.cass.be/juris/jucn.htm>.

verwachtingen van een correcte toepassing van art. 8 E.V.R.M.<sup>174</sup> Niettemin blijkt dat de Dienst hiermee soepeler optreedt dan bepaalde burgerlijke rechters die menen dat het tweede huwelijk aangetast blijft door nietigheid, aangezien de nietigheid niet gedekt kan worden<sup>175</sup>. Slechts een (retro-actieve) nietigverklaring kan volgens hen de nietigheid van het volgende huwelijk 'opheffen'. Daarbij wordt m.n. de fictie gecreëerd dat het latere huwelijk nooit gebrekkelijk is geweest.

Wij menen dat deze stelling te ver gaat, aangezien ze geen rekening houdt met het grensoverschrijdende karakter van de rechtssituatie. Het huwelijk is rechtsgeldig in het buitenland ontstaan en kan o.i. daarom op een soepelere beoordeling rekenen. Naar het voorbeeld van de Nederlandse rechter menen we dat de openbare orde na beëindiging van de polygamie niet langer geschonden is.

**102.** Recente rechtspraak wijst uit dat de Dienst Vreemdelingenzaken mogelijk toch door deze terughoudende burgerrechtelijke uitspraken is beïnvloed. De Dienst heeft recent de binnenkomst geweigerd aan een tweede echtgenote die zich in de genoemde omstandigheden bevond<sup>176</sup>. *In casu* waren twee Marokkanen in Marokko gehuwd, hadden ze er een kind gekregen, maar waren ze na drie en een half jaar gescheiden na een verstoting in Marokko. Een ongedateerd attest van het Marokkaanse consulaat-generaal in Brussel stelde het definitieve en onherroepbare karakter van de verstoting vast vanaf drie maand na de verstoting. De man kwam tien maand later België binnen op illegale wijze. Hij huwde anderhalve maand na binnenkomst met een Belgische vrouw en diende een aanvraag tot vestiging in. Vier maand later reeds nam hij zijn domicilie in Vorst, terwijl zijn echtgenote in Gent gedomicilieerd bleef. Vijftien maand later werd officieel vastgesteld dat hij alleen woonde. De man beweerde nu voor de arbeidsrechter dat deze scheiding slechts tijdelijk was geweest en dat de betrokkenen drie jaar samen zijn gebleven, zij het met onderbrekingen. Hij leverde hier evenwel geen bewijs van. Zeven maand na zijn Belgische huwelijk had hij een tweede kind gekregen met zijn vorige echtgenote in Marokko. Ze was zwanger geworden tijdens de laatste dagen vóór zijn vertrek naar België, *i.e.* ruim een jaar na de verstoting. De man slaagde er niet in te bewijzen dat hij het kind had erkend. Nadien kreeg hij nog drie kinderen bij zijn vrouw in Marokko. Een echtscheiding van zijn Belgische echtgenote op grond van art. 232 B.W. volgde. Drie jaar later werd de man Belg door naturalisatie. Een half jaar later vroeg de Marokkaanse vrouw de gezinshereniging aan op het Belgische consulaat-generaal in Casablanca. Ze legde daartoe een '*confirmation de*

<sup>174</sup> Zie ook art. 11, tweede lid van het Haagse huwelijksverdrag, dat bepaalt dat de erkenning van het huwelijk niet kan worden geweigerd indien het later geldig is geworden door de ontbinding of de nietigverklaring van het eerdere huwelijk. Het Verdrag bindt evenwel slechts Nederland, Luxemburg en Italië onderling.

<sup>175</sup> O.m. Rb. Mechelen 8 februari 2001, A.R. 01/105/A, *onuitg.*; Antwerpen AR 1999/AR/2572 van 14 maart 2001, *onuitg.*; J. JAKES, eerste-substituut Procureur des Konings Antwerpen, in antwoord op een vraag van E. MEULDERS, afdelingshoofd burgerlijke stand Antwerpen: E. MEULDERS, "Niet-erkenning bigaam huwelijk (van iemand waarvoor polygamie toegelaten is)", *De Burg. St.* 1993, 531-532.

<sup>176</sup> Brussel 25 april 2000, A.J.T. 2001, 454.

*mariage*' voor. De man had haar opnieuw willen huwen, maar daarbij was gebleken dat het eerste huwelijk nooit ontbonden was geweest, omdat er geen 'soulte' was betaald. Vervolgens hadden de autoriteiten een *confirmation de mariage* opgesteld. Het consulaat-generaal had verzocht om voorlegging van de huwelijksakte en zo was de bigamie gebleken. Het consulaat-generaal verzocht de procureur om zich erover uit te spreken. Deze meende dat het huidige huwelijk niet geldig was. De Dienst Vreemdelingenzaken weigerde een visum gezinshereniging aan de vrouw, maar verleende een visum aan de vier kinderen.

De man wilde een nieuw huwelijk sluiten met de Marokkaanse vrouw. De ambtenaar van de burgerlijke stand van Vorst verzocht het O.M. om uitleg over hoe een nieuw huwelijk mogelijk is als de betrokkenen steeds gehuwd zijn geweest. Het O.M. antwoordde dat het geen stappen zou ondernemen om het eerste huwelijk te laten nietigverklaren op grond van bigamie en dat de *acte de confirmation de mariage* aanvaard kon worden met ingang van de datum van haar opstelling. Bij die opstelling was de man reeds gescheiden van zijn tweede vrouw.

De Dienst Vreemdelingenzaken contacteerde het O.M. in het kader van een nieuw verzoek tot gezinshereniging met de vraag hoe omgegaan moest worden met regularisatie van het verblijf van de man op grond van valse documenten, meer bepaald het attest van celibaat om het tweede huwelijk aan te gaan, nu was gebleken dat het eerste huwelijk nooit was ontbonden. Het O.M. heeft de Dienst nooit van antwoord gediend. In afwachting van een antwoord had de Dienst de zaak op de lange baan geschoven.

Te langen leste heeft de man onder hoogdringendheid een vordering ingesteld tegen de Belgische Staat om tot gezinshereniging te worden gemachtigd. De eerste rechter verwierp de vordering, omdat de man zelf de spoedeisendheid zou hebben veroorzaakt. Het Hof van beroep bevestigde deze stelling. Ook al waren de kinderen reeds meer dan een jaar van hun moeder gescheiden en was het jongste kind depressief, de man kon volgens het Hof na twintig jaar vrijwillige scheiding van zijn vrouw moeilijk ondersteunen dat er hoogdringendheid was bij haar gezinshereniging. Het feit dat de kinderen reeds in België verbleven, was een eigen beslissing van de man. Niets belette hem volgens het Hof overigens om de kinderen terug te sturen tot de situatie van de moeder geregulariseerd was.

**103.** Het Hof heeft zich niet uitgesproken over de concrete vraag om gezinshereniging en heeft de ongegrondheid van de vordering louter gesteund op het gebrek aan hoogdringendheid. Niettemin wekt het feitenrelaas van deze zaak onze aandacht. De Dienst Vreemdelingenzaken heeft gezinshereniging aan de eerste echtgenote geweigerd op het ogenblik dat de man reeds was gescheiden van zijn tweede vrouw. *In casu* was het huwelijk op grond waarvan hij om gezinshereniging verzocht niet eens het polygame huwelijk. De enige denkbare verklaring voor de weigering is dat de Dienst Vreemdelingenzaken

ervan uitging dat het eerste huwelijk was ontbonden door de vroegere verstoting. Deze verstoting was inmiddels evenwel herroepen. Bovendien is het niet evident dat de verstoting in België zomaar zou worden erkend (*cf. supra*). Het feit dat de man *in casu* inmiddels reeds Belg was geworden, vormt een aanvullende reden om integendeel te verwachten dat de verstoting zou stuiten op de BIPOO-exceptie.

## **C.2. GEZINSHERENIGING VOOR HET KIND UIT HET EERSTE, DAN WEL TWEEDE HUWELIJK NA ONTBINDING OF NIETIGVERKLARING ERVAN**

**104.** We hebben reeds stilgestaan bij de mogelijkheid voor een kind om na echtscheiding van zijn ouders de andere ouder dan deze bij wie hij zich bevindt, te vervoegen<sup>177</sup>. We komen hier niet op terug.

**105.** Net zoals in het geval van een echtscheiding kan bij nietigverklaring de ouder met het recht van bewaring steeds de andere ouder de toestemming geven om het kind bij zich op te voeden. In dat opzicht moet er voor het kind geen verschil bestaan tussen de hypothese van echtscheiding (al dan niet in het kader van polygamie) en nietigverklaring.

**106.** Zolang evenwel gezinshereniging wordt geweigerd aan de andere partner en haar kinderen en ook het tweede polygame huwelijk niet systematisch burgerrechtelijk nietig wordt verklaard of wordt ontbonden, bevinden moeder en kind zich in een juridisch vacuüm naar Belgisch recht. Het lijkt ons niet gerechtvaardigd dat de huwelijkse situatie van de ouders dienst zou doen als criterium van onderscheid om het kind al dan niet de mogelijkheid tot verblijf in België te verlenen, terwijl alle betrokken partijen dat wensen. In dat verband is het van belang dat de Dienst Vreemdelingenzaken zijn huidige praktijk<sup>178</sup> aanhoudt om genoeg te nemen met een schriftelijke toestemming van de moeder tot overdracht van de materiële bewaring aan de vader, en niet – in navolging van strengere rechtspraak van de Raad van State – te vereisen dat het recht van materiële bewaring hem gerechtelijk wordt toegekend. Het is immers ten eerste de vraag hoe de belangen van de moeder geëerbiedigd kunnen worden als zij niet aanwezig kan zijn bij een gerechtelijke toekenning.

## **C.3. HET NEDERLANDSE BELEID TER ZAKE: EEN VERSCHILLENDE AANPAK IN HET BURGERLIJK RECHT EN HET VERBLIJFSRECHT**

### **C.3.A. EEN VERSCHILLENDE BEHANDELING TUSSEN EEN NIEUW HUWELIJK NA BEËINDIGING VAN DE POLYGAMIE EN EEN NIEUW HUWELIJK NA ECHTSCHIEDING**

**107.** Ter preventie van 'misbruiken' – schijnverstotingen of schijnechtscheidingen – in het kader van polygamie bepaalt de Nederlandse regelgeving sinds 1995: "in alle gevallen waarin sprake is of is geweest van een

<sup>177</sup> O.m. R.v.St. 25 oktober 1984, nr. 24.764, *Rec. C.E.* 1984, 1990.

<sup>178</sup> *Cf. supra*, briefwisseling met Dienst Vreemdelingenzaken van 17 december 2001.

polygame situatie, kan er maar één vrouw en de uit haar geboren minderjarige kinderen worden toegelaten tot Nederland. Voor andere vrouwen met wie ooit een polygame situatie is geweest en de uit haar geboren kinderen geldt dat zij niet in aanmerking kunnen komen voor toelating, ook niet als ten tijde van hun komst naar Nederland nog slechts sprake is van één huwelijk. Ook indien de in Nederland verblijvende hoofdpersoon met een andere man of vrouw duurzaam samenleeft, wordt geen verblijf toegestaan aan de wettelijke echtgenote en eventuele andere gezinsleden<sup>179</sup>.

**108.** Hierdoor ontstaat een onderscheid in toelatingsbeleid tussen twee situaties die nochtans vergelijkbaar zijn in dat opzicht dat in beide situaties de verblijfhouder voorheen was gehuwd met een andere vrouw, maar op het ogenblik van de aanvraag met de verzoeker in een monogaam gezinsverband leeft. De tweede of latere echtgenote van een man die zijn vroegere huwelijk(en) heeft ontbonden en bijgevolg feitelijk monogaam is geworden, geniet geen recht op gezinshereniging. De latere echtgenote van een man die voorheen gehuwd was met een andere vrouw en deze desgevallend in het kader van gezinshereniging had laten overkomen, maar die nooit tegelijkertijd met meerdere vrouwen gehuwd is geweest (de zgn. successieve polygamie), geniet wél recht op gezinshereniging.

Dit onderscheid in behandeling is o.i. niet gerechtvaardigd en wordt bovendien impliciet verboden door art. 11, tweede lid van het Haagse huwelijksverdrag, dat bepaalt dat de erkenning van het huwelijk niet kan worden geweigerd indien het later geldig is geworden door de ontbinding of de nietigverklaring van het eerdere huwelijk. Een polygame huwelijksluiting kan bijgevolg slechts worden gesanctioneerd zolang de polygamie blijft voortbestaan. Het Verdrag bindt de Nederlandse rechtsorde evenwel slechts in relatie tot de onderdanen van de andere Verdragsstaten, *i.e.* Luxemburg en Australië. Aangezien geen van deze Staten polygamie toelaat, betreft het een holle bepaling, behalve in de hypothese van een polygame man of tweede echtgenote die pas na het aangaan van het polygame huwelijk de nationaliteit van één van de Verdragsstaten heeft verworven of in de hypothese van ongewilde polygamie<sup>180</sup>. De Haagse burgerlijke rechter heeft alvast bevestigd dat het tweede huwelijk na ontbinding van het eerste geldig wordt<sup>181</sup>. Hiermee geeft hij zelf impliciet aan dat de verblijfsregeling art. 8 E.V.R.M. schendt.

Het Nederlandse gezinsherenigingsrecht verleent een toelating tot verblijf op de loutere grond dat er sprake is van een rechtsgeldig huwelijk, zonder dat wordt nagegaan of de betrokkenen nog een effectief gezinsleven hebben. Het enige verschil tussen beide voorliggende situaties, m.n. dat de bevoorrechte categorie over het algemeen nog niet even lang feitelijk gescheiden heeft geleefd van de

<sup>179</sup> Art. 3, eerste lid, d WCH.

<sup>180</sup> Cf. *supra*, hoofdstuk 2, randnrs 19 (voetnoot 67) en 29: polygamie t.g.v. de verkeerde inschatting van een vroegere echtscheiding die achteraf niet erkend wordt.

<sup>181</sup> Cf. *infra*.

echtgenoot als de tweede, kan dan ook geen rol spelen. De nieuwe echtgenote is vrij om pas geruime tijd na de huwelijkssluiting om gezinshereniging te verzoeken. Bovendien is de feitelijke scheiding van de polygame man en zijn verdere echtgenote mogelijk steeds ongewild geweest en het loutere gevolg van het restrictieve toelatingsbeleid.

### C.3.B. EVALUATIE

#### *\* Discriminatie volgens de Haagse rechter*

**109.** De rechtbank van 's Gravenhage<sup>182</sup> sprak zich reeds uit over het genoemde verschil in behandeling en gaf in een arrest van 1998 aan dat noch het argument van de openbare orde, noch het argument van het economisch welzijn van het land een rechtvaardiging bieden om de nieuwe echtgenoot in beide situaties verschillend te behandelen.

**110.** Na echtscheiding van zijn eerste vrouw die reeds naar Nederland was gekomen in het kader van gezinshereniging, had een man gezinshereniging aangevraagd t.b.v. een tweede vrouw met wie hij reeds vóór de echtscheiding polygaam was gehuwd en vier kinderen had. Ten tijde van de tweede huwelijkssluiting was het eerste huwelijk reeds duurzaam ontworst. De man had in 1992<sup>183</sup>, nog vóór de echtscheiding, een eerste verzoek tot gezinshereniging geformuleerd. Dat verzoek was afgewezen door de vreemdelingendienst in Utrecht, met als motivering dat de man niet beschikte over passende huisvesting. In 1994 had de oudste zoon tijdelijk in Nederland bij zijn vader verbleven na illegale binnenkomst.

De rechter besloot op de hierboven genoemde gronden dat de nieuwe regeling ontoelaatbaar was. Hij beriep zich vervolgens op de oude regeling die bepaalde: 'indien degene met wie verblijf wordt beoogd met meer dan één vrouw is gehuwd, geldt als regel dat slechts één vrouw en de uit haar geboren kinderen kunnen worden toegelaten. Nadat een echtgenote (met eventuele kinderen) is toegelaten, kan niet na verloop van tijd de tweede echtgenote naar Nederland komen, ook niet als de eerste echtgenote (met eventuele kinderen) uit Nederland is vertrokken. Ook indien de in Nederland verblijvende hoofdpersoon met een andere man of vrouw duurzaam samenleeft, wordt geen verblijf toegestaan aan de wettelijke echtgenote en eventuele andere gezinsleden'.

Deze bepaling sloot een nieuwe gezinshereniging na echtscheiding of overlijden van de eerste vrouw niet uit. Bovendien hield ze, i.t.t. de Belgische regeling,

<sup>182</sup> Rb. 's Gravenhage 19 maart 1998, *AB Rechtspraak Bestuursrecht* 1998, nr. 205.

<sup>183</sup> De rechter heeft niet gemeend zich te moeten baseren op het gegeven dat de eerste aanvraag van vóór de inwerkingtreding van de nieuwe regeling dateerde en bijgevolg onder de vroegere regeling ressorteerde. Dat argument was door de vreemdeling aangebracht. Het resultaat was niettemin hetzelfde. De rechter bevond de nieuwe regeling ongerechtvaardigd, aangezien een teniet gedane polygame situatie niet later in het nadeel van de betrokkene kan worden ingeroepen.

reeds een zekere waarborg in tegen schijnverstotingen of schijnechtscheidingen, waarbij de man met het oog op gezinshereniging met een volgende vrouw het eerste huwelijk wel rechtens ontbindt, maar in de feiten blijft samenleven met zijn eerste echtgenote.

**\* De voormalige Nederlandse regeling als schoolvoorbeeld voor het voorkómen van misbruik**

111. De vroegere Nederlandse regeling keek systematisch naar de feitelijke situatie en wierp ook de louter feitelijke samenleving van de man met een vrouw op als hindernis voor gezinshereniging met een andere vrouw. In dat opzicht kan ze als voorbeeld dienen, ter correctie op het huidige Belgische beleid dat louter naar de *rechtstoestand* kijkt, m.n. het al dan niet reeds *huwelijks* samenwonen. Aandacht voor de vraag of de verzoeker inmiddels reeds wettelijk samenwoont met een derde, is er vooralsnog niet. *A fortiori* wordt geen aandacht geschonken aan de louter feitelijke situatie: een feitelijke tweerelatie die in combinatie met de gevraagde gezinshereniging tot een feitelijk polygame gezinsbeleving aanleiding zou geven.

Bovendien blijkt, zoals we reeds aangaven, de Dienst Vreemdelingenzaken buitenlandse verstotingen zonder meer verblijfsrechtelijk als voldoende ontbindingsgrond te beschouwen, zonder na te gaan of die burgerrechtelijk kunnen worden erkend<sup>184</sup>.

**\* De Nederlandse Raad van State steunt vermoedelijk de huidige regeling**

**- Rechtspraak in een aanverwante materie**

112. Het is evenwel niet duidelijk of de Nederlandse Raad van State in navolging van de Haagse rechter eveneens de nieuwe regeling aan de kant zou schuiven voor de oude regeling. Zijn huidige rechtspraak in aanverwante materies wijst eerder het tegendeel uit. De Raad heeft met name het huidige verschil in behandeling op grond van monogame, dan wel polygame *afstamming* alvast (gedeeltelijk) gerechtvaardigd bevonden<sup>185</sup>.

113. *In casu* had een polygame wettige verblijfhouder verzocht om gezinshereniging t.b.v. zijn kind, van wie de moeder niet in Nederland verbleef. De Nederlandse overheid had het verzoek afgewezen en meende dat de situatie niet vergelijkbaar was met die van de (monogame) ouder die na echtscheiding onmiddellijk om gezinshereniging verzoekt. De polygame man had er m.n. vrijwillig voor gekozen om zijn kinderen te verlaten en zijn leven met een andere echtgenote uit te bouwen. De Raad van State volgde de Nederlandse overheid daarin en weigerde het kind te machtigen tot gezinshereniging.

<sup>184</sup> Brief POELAERT, *l.c.*

<sup>185</sup> R.v.St. 3 juli 1990, RV 1990, 25.

**114.** We menen evenwel dat met deze uitspraak niet noodzakelijk is bevestigd dat een kind uit een polygaam gezinsverband zich *steeds* in een niet-vergelijkbare situatie bevindt. De Raad heeft in zijn uitspraak niet uitgesloten dat beide situaties wél vergelijkbaar kunnen zijn als de man onmiddellijk na binnenkomst in Nederland gezinshereniging voor de kinderen uit het polygame huwelijk aanvraagt.

Dergelijke aanname van vergelijkbaarheid zou in de lijn liggen van onze stelling.

**- Een geringe kans op aanname van vergelijkbare situaties**

**115.** Een verschil in behandeling op grond van afstamming lijkt ons zwaarder door te wegen dan een verschillende behandeling van partnerrelaties. De beoordeling van een afstammingsband en zijn gevolgen moet immers in beginsel worden losgekoppeld van de relatievorm van de ouders. Een rechtvaardiging ervan doet dan ook vermoeden dat de Raad het standpunt van de Haagse rechtbank m.b.t. beëindigde polygamie niet deelt.

Ook als de Nederlandse Raad van State zich inzake afstamming zou uitspreken in aangehaalde billijkere zin, is de kans nog groot dat m.b.t. partnerrelaties strenger wordt geoordeeld. Een tweede echtgenote geniet immers geen recht op gezinshereniging zolang haar polygame man reeds een huwelijksleven in Nederland heeft. Een vroeger verzoek zou bijgevolg nooit in aanmerking zijn genomen en vermoedelijk ook achteraf geen verzachtende rol kunnen spelen.

Wordt dergelijk verzoek om gezinshereniging bovendien niet onmiddellijk na de scheiding geformuleerd en volstaat het feit dat de betrokkenen elkaar gedurende geruime tijd niet hebben ontmoet opdat niet langer effectief gezinsleven zou worden aangenomen, ook al hebben regelmatig telefonische contacten plaatsgevonden, dan moeten we aannemen dat de Raad gezinshereniging zal weigeren.



## HOOFDSTUK 5. IMPACT VAN POLYGAMIE OP DE NATIONALITEITSVERWERVING

1. We beëindigen deze bespreking van de wijze waarop in ons recht met polygamie wordt en kan worden omgegaan, met een kort overzicht van de impact van polygamie op de nationaliteitsverwerving.

### A. NAAR BELGISCH NATIONALITEITSRECHT

2. I.t.t. de regeling naar Nederlands, Frans en Duits recht is de strijd tegen polygamie nog niet doorgesijpeld in de Belgische nationaliteitsregeling. De Commissie voor Naturalisaties heeft in de meest recente herwerking van zijn jurisprudentie wel expliciet opgenomen dat het aangaan van een schijnhuwelijk de naturalisatie in de weg staat<sup>1</sup>. M.b.t. polygamie wordt daarentegen niets gesteld.

Gezien de afschaffing van de integratietoets door de wet van 1 maart 2000 is het weinig waarschijnlijk dat de polygame gezinsbeleving als een weigeringsgrond zal worden beschouwd. De Staten die deze weigeringsgrond wél hanteren (*cf. infra*) steunen deze m.n. op de vaststelling dat een polygame vreemdeling van onvoldoende integratie getuigt.

3. De hiernavolgende Staten voorzien ook in het verval van de nationaliteit op grond van polygamie, verzwijging van een polygame relatie of verbreking van de monogamiebelofte die is afgelegd bij de nationaliteitsverwerving. Dergelijke sanctie is o.i. verenigbaar met het verdragsrecht. Art. 7 Verdrag nr. 166 van de Raad van Europa van 6 november 1997 betreffende de nationaliteit<sup>2</sup> laat verval van de nationaliteit op grond van fraude toe.

Naar Belgisch recht werd deze sanctie vooralsnog slechts hoogst uitzonderlijk toegepast, m.n. bij landverraad<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Rechtspraak Commissie Naturalisaties: "Algemene criteria voor de beoordeling van de naturalisatieaanvraag", 14 november 2000, *onuitg.*

<sup>2</sup> <http://conventions.coe.int> (nog niet geratificeerd door België, wel door Nederland).

<sup>3</sup> *Cf. supra* deel 2B, randnrs 28 en 35 (voetnoot 78).

## B. NAAR NEDERLANDS NATIONALITEITSRECHT

4. De Nederlandse minister van Justitie en Raad van State hebben zich uitgesproken tegen een naturalisatie van polygaam gehuwden<sup>4</sup>. Inburgering impliceert monogamie<sup>5</sup>. De Raad volgde de stelling van de regering dat inzake nationaliteit hogere eisen mogen worden gesteld dan het I.P.R. doet<sup>6</sup>. Met zijn uitspraak van 10 november 1993 gaf de Raad te kennen dat een verschillende omgang met polygamie in het verblijfsrecht en het nationaliteitsrecht aanvaardbaar is: "niet in te zien valt waarom van vreemdelingen die de Nederlandse nationaliteit willen verkrijgen niet mag worden verlangd dat zij zich ten tijde van de naturalisatie in een monogame situatie bevinden. Dat in het kader van het vreemdelingenrecht het polygame huwelijk wel wordt gerespecteerd, leidt niet tot een ander oordeel".

De Nederlandse Rijkswet op het Nederlanderschap voorziet evenwel niet expliciet in deze weigeringsgrond<sup>7</sup>.

5. Ook het mogelijke verval van de nationaliteit op grond van polygamie staat niet expliciet in de Wet ingeschreven. Wél is sinds de Wet van 21 december 2000 met art. 14 voorzien in een verval van het Nederlanderschap indien de verkrijging of verlening berust op een valse verklaring of op bedrog van de betrokkene, of op het verzwijgen van enig relevant feit. De nationaliteit kan tot twaalf jaar na de verkrijging of verlening worden ingetrokken, tenzij de betrokkene er staatloos door zou worden.

<sup>4</sup> Handleiding voor de toepassing van de Rijkswet op het Nederlanderschap, 3 augustus 1994; Min. van Justitie Nederland en R.v.St. 10 november 1993, *R.V.* 1993, 49 en *NIPR* 1994, 412; R.v.St. 20 december 1996, *Rechtspraak vreemdelingenrecht*, 1996, 49; R.v.St. 6 april 1998, *Gids Vreemdelingenrecht*, Jur., 49-12; R.v.St. 11 november 1999, *AB* 2000, 3; S. RUTTEN, "Enkele beschouwingen over het polygamievraagstuk in een Westerse context", *NIPR* 2001, 50, met kritiek evenwel aangezien het criterium niets zegt over de daadwerkelijke inburgering, zeker niet als de polygamie het gevolg is van een niet-erkenning van een eerste verstoting.

<sup>5</sup> *Contra*: A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme", in E.M. MEIJERS INSTITUUT (ed.), *Sociale cohesie en het recht*, Vermande, E.M. MEIJERS Instituut, 1998, 137-138: de inburgeringsvereiste staat daar los van. Dergelijke vereiste is trouwens in strijd met de mensenrechten: de man zou tot echtscheiding worden gedwongen. Een nationaliteitsverwerving mag bovendien niet afhangen van afstand van de oorspronkelijke cultuur.

<sup>6</sup> *Cf. supra*, hoofdstuk 2, randnr. 17: het Nederlandse I.P.R. laat toe dat een polygaam huwelijk wordt erkend, mits er geen hechte banden zijn met de Nederlandse rechtsorde.

<sup>7</sup> Hierover meer: G.R. DE GROOT en S. RUTTEN, "Polygamie, naturalisatie en bigamie?", in S. RUTTEN (ed.), *Recht van de islam* 13, 13 e RIMO-symposium, Maastricht, RIMO, 1996, 42-60; F.J.A. VAN DER VELDEN, "Bigamie en naturalisatie", in MINISTERIE VAN JUSTITIE (ed.), *Aan de grenzen van het Nederlanderschap, Feestbundel voor F. TH. Zilverentant*, 's-Gravenhage, Ministerie van Justitie – Directie Wetgeving, 1998, 189-193. Kritisch hierover: A.P.M.J. VONKEN, "De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme", in *Sociale cohesie en het recht*, Vermande, E.M. MEIJERS Instituut, 1998, 139.

## C. NAAR FRANS NATIONALITEITSRECHT

6. Een herstel in de Franse nationaliteit voor DOM-onderdanen die zich in Frankrijk domiciliëren<sup>8</sup> wordt geweigerd als de betrokkene polygaam is gehuwd. De weigering steunt op een 'défaut d'assimilation à la communauté française'<sup>9</sup>. Meer nog, een dergelijk herstel is door de Parijse administratieve rechtbank reeds geweigerd in een geval waarbij niet effectief een polygaam huwelijk, maar louter een huwelijk onder een polygaam regime was aangegaan<sup>10</sup>. Het verzoek om de Franse nationaliteit te verwerven ging *in casu* overigens niet uit van de potentieel polygame man, maar van zijn echtgenote. Het personeel statuut van haar echtgenoot ontzegde haar de verlening van het staatsburgerschap. Ook al liet haar eigen personeel recht geen polygamie toe, het huwelijk met een potentieel polygame man bleek te volstaan om de nationaliteit geweigerd te zien<sup>11</sup>. Wilde de vrouw de Franse nationaliteit herkrijgen, dan zou ze uit de echt moeten scheiden. Dat de uitspraak streng was, blijkt des te meer uit de vaststelling dat de man *in casu* in de loop van de procedure een monogaam statuut had aangenomen. Het Hof meende met dit laattijdige nieuwe element geen rekening te moeten houden<sup>12</sup>.

7. Art. 25 van de Franse nationaliteitswet voorziet in een aantal gronden tot verval van de Franse nationaliteit. Polygamie lijkt daar niet onmiddellijk in thuisgebracht te kunnen worden. Niettemin heeft het Hof van Bordeaux in 1997 de registratie van een nationaliteitsverklaring, die was gesteund op het huwelijk met een Franse vrouw, vernietigd wegens leugenachtige verklaring. De man had

<sup>8</sup> In toepassing van art. 153 Franse Nationaliteitswet.

<sup>9</sup> Csl. d'E. fr. 11 februari 1994, *J.C.P.* 1994, nr. 17, IV, nr. 955-957.

<sup>10</sup> Tb. Adm. Paris 1 februari 1990, *R.C.D.I.P.* 1990, 675.

<sup>11</sup> Met ons voorstel geven we daarentegen navolging aan de rechtspraak die impliciet een onderscheid maakt tussen gepraktiseerde (*de facto* of actuele) polygamie en potentiële polygamie. Dergelijke visie strookt o.i. meer met de nood aan aandacht voor de concrete migratiesituatie waarin de betrokkene zich bevindt en relateert de absolute rol van het nationale recht. Zoals meerdere rechtssystemen die polygamie toelaten, in de mogelijkheid voorzien dat de partijen d.m.v. een monogamieclausule afstand doen van de mogelijkheid om een polygaam huwelijk aan te gaan, zo moet ook rekening worden gehouden met een feitelijk 'stilzitten' van de man na een eerste huwelijk. Dit gebeurde reeds in o.m. Rb. Brussel 23 december 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.* 1981, 265, bevestigd in beroep: Brussel 20 mei 1981, *Rev. not. b.* 1982, 208, waarbij de Belgische echtgenote van een Gambiër nietigverklaring van haar huwelijk vorderde omdat het personeel statuut van de man (dat polygamie toelaat) de onontbindbaarheid van het huwelijk en de getrouwheidsplicht zou hebben uitgesloten. De rechter in eerste aanleg weigerde het huwelijk nietig te verklaren en oordeelde dat geen gebrek aan toestemming in het huwelijk kon worden vastgesteld. Dwaling omtrent andere elementen dan de fysieke identiteit of de burgerlijke staat van de persoon vormt geen nietigheidsgrond voor het huwelijk. Het personeel statuut van de man staat een oprecht huwelijk niet in de weg. In hoger beroep werd tevens gewezen op de integratie van de man. In Engeland, Schotland, Australië en Zuid-Afrika daarentegen werd in het verleden vaak in andere zin geoordeeld: laat het statuut polygamie toe, dan is het huwelijk van de man nietig, ook als hij slechts met één vrouw is gehuwd: L. PALSSON, *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1974, 152.

<sup>12</sup> Zie ook Tb. adm. Nantes 23 mei 1990, *R.C.D.I.P.* 1990, 675, kritische noot P. LAGARDE (ook al meent hij dat deze mogelijkheid om de Franse nationaliteit te herkrijgen vandaag niet langer zou mogen voortbestaan. De regeling had beperkt moeten blijven tot een voorlopige maatregel voor DOM-bewoners).

zijn polygame gezinssituatie verzwegen<sup>13</sup>.

8. De huidige restrictieve regeling *contrasteert* sterk met de aanpak die voorafging aan de wet-Pasqua van 1993. In 1986 nog had de *Cour de Cassation* geoordeeld dat de nationaliteitsverklaring van een Algerijn de geldigheid van zijn voorheen aangegane polygame huwelijk niet in het gedrang bracht<sup>14</sup>. Niet alleen had de man probleemloos de Franse nationaliteit kunnen verwerven, maar ook stond zijn Franse nationaliteit en zijn onderwerping aan Frans familierecht er niet aan in de weg dat zijn polygaam huwelijk geldig bleef. Het Hof beperkte zich ertoe te bepalen dat het polygame huwelijk van een nieuwe Fransman voor de toekomst nog slechts naar Frans echtscheidingsrecht kon worden ontbonden.

## D. NAAR DUIJS NATIONALITEITSRECHT

9. Polygamie wordt in het Duitse nationaliteitsrecht impliciet beschouwd als weigeringsgrond en vervalgrond<sup>15</sup>. De nationaliteit werd reeds door meerdere rechters ingetrokken op grond van 'illegaal bekomen administratieve beslissing'<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Bordeaux 15 oktober 1997, *Juris data* ([www.jurifrance.com/wjuridiq/doc](http://www.jurifrance.com/wjuridiq/doc)), nr. 047890.

<sup>14</sup> Cass. fr. 22 april 1986, *RCDIP* 1987, 374, noot P. COURBE, *JDI* 1987, 629, noot PH. KAHN, *D.* 1986, inf. Rap. 270, noot B. AUDIT.

<sup>15</sup> Art. 48 Verwaltungsverfahrensgesetz van 21 september 1998, *BGBI.* I, 3050.

<sup>16</sup> Oberwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen 2 september 1996, *InfAuslR.* 1997, 82 (ook als de polygamie in Duitsland niet effectief beleefd wordt), met verwijzing naar gelijkaardige rechtspraak.

## NABESCHOUWINGEN

1. Deze bespreking geeft aan dat het is aangewezen om werk te maken van een transnationale openbare-orde-exceptie inzake migratiepolitiek<sup>1</sup>. Een voorafgaande inschatting van het aanzuigeffect dat een soepel beleid kan hebben, bakent mee de grens af van de verdraagzaamheid of gestrengheid die elke Staat afzonderlijk aan de dag legt. Hierdoor krijgt evenwel de migratiepolitiek een steeds grotere invloed op de uitvaardiging en toepassing van I.P.R.-regels<sup>2</sup>. Aangezien het verblijfsrecht is ingegeven door pragmatische overwegingen met een ruimere appreciatiemarge dan andere rechtstakken, menen we dat dergelijke beïnvloeding onwenselijk is<sup>3</sup>. Een grotere internationale samenwerking kan meer

<sup>1</sup> P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, "La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français", in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert (I)*, Paris, L.G.D.J., 1950, 262; B. GOLDMAN, "La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois", in R. CASSIN/Institut international des droits de l'homme (ed.), *Problèmes de protection internationale des droits de l'homme, reeks Jura Hominis ac Civis 1, amicorum discipulorumque liber 1*, Paris, Pedone, 1969, 463-466; P. LAGARDE, "Public Policy", in K. LIPSTEIN, (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law (III). Private International Law (Ch. 11)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, 48; F. RIGAUX, *Droit international privé, I*, Brussel, Larcier, 1987, 350; H. ROLIN, "Vers un ordre public réellement international", in X., *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, Pédone, 1960, 441; P. MAYER, "La condition européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères", *R.C.D.I.P.* 1991, 654-655.

<sup>2</sup> J. DEPREZ, "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé", in M. C. FOLETS, *Familles – Islam – Europe, o.c.*, 84; A.H. KLIP, "De lange schaduw van het schijnhuwelijk", *Migrantenrecht* 1997, 7-12; W. MENSKEI en P. SHAH, "Cross-cultural conflicts of marriage and divorce involving South Asians in Britain", *Onati papers Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, International Institute for the Sociology of Law, 1999, 167; V. VAN DEN EECKHOUT (doct.), 280.

<sup>3</sup> In gelijkaardige zin: V. VAN DEN EECKHOUT, "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een twee-sporenbeleid", *Nemesis* 2002, 88.

ruimte scheppen om een evenwichtiger beleid uit te stippelen. Wordt het risico op een onvoorzien aanzuigeffect gespreid, dan wordt op nationaal vlak vermoedelijk minder protectionistisch opgetreden t.a.v. ons onbekende rechtsfiguren.

2. Het lijkt ons wenselijk om toe te laten dat de tweede echtgenote te goeder trouw die nog niet over een stabiele verblijfsspositie beschikt, bepaalde huwelijksgevolgen kan afdwingen en een vordering tot onderhoudsuitkering kan instellen, ook na nietigverklaring van het polygame huwelijk. Tevens kan algemeen aangenomen worden dat het familieleven tussen vader en kind *de iure* blijft voortbestaan, mits aannemelijk wordt gemaakt dat de onderbreking van het feitelijke gezinsleven buiten de wil van de betrokkenen heeft plaatsgevonden. Ook al koos de polygame man ervoor om zich door zijn andere echtgenote te laten vervoegen, deze keuze is niet volledig vrij. Hij koos niet *tegen* de anderen, maar *voor* de ene, bij gebrek aan de mogelijkheid om voor allen te kiezen, een mogelijkheid die zijn personele recht hem wel laat. Stemt de moeder van het kind in met een gezinshereniging bij de vader, dan kan een machtiging in die zin worden verleend, tenzij die het belang van het kind zou schaden.

Deel 1. Algemene inleiding

Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek

Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

Deel 4. De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde, t.a.v. de partnerverhouding en de verhouding volwassenen – kinderen. Een illustratie a.h.v. het verbod op polygamie

Deel 5. Algemeen besluit

Bijlage

# **Deel 5**

## **Algemeen besluit**

Hoofdstuk 1. Besluit

Hoofdstuk 2. Negen richtlijnen voor het beleid

## HOOFDSTUK 1. BESLUIT

1. In dit onderzoek werd de stelling ontwikkeld dat een rechtsorde die het gelijkheidsbeginsel centraal stelt en het recht op bescherming van het gezinsleven eerbiedigt, het engagement dient aan te gaan om de juridische harmonie te bevorderen, zowel internationaalrechtelijk als internrechtelijk.

### A. TOEPASSINGSMODALITEITEN VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

2. Het streven naar gelijke behandeling van gelijken en ongelijke behandeling van ongelijken heeft in ons onderzoek op drie verschillende wijzen vorm gekregen.

3. Vooreerst stelden we voor om binnen het familierecht, voor wat betreft wijzen van ontstaan van gezinsleven, een nieuw aanknopingsstelsel te hanteren, met de doelstelling om zoveel mogelijk aan te knopen bij het recht van de Staat waar de betrokkene de nauwste band mee heeft.

Het is niet eenvoudig om een algemene, abstracte regel te bedenken die op eenieder kan worden toegepast om te bepalen met welk recht hij de nauwste band heeft. De vraag naar de nauwste band roept onvermijdelijk een persoonlijke evaluatie op en lijkt een abstracte benadering uit te sluiten. Duidelijke criteria zijn evenwel aangewezen met het oog op meer rechtszekerheid en op een optimale werking van het gelijkheidsbeginsel in het I.P.R., zowel voor de internationaalrechtelijke gevolgen ervan (internationale beslissingsharmonie is eenvoudiger te bereiken als de uitkomst van een geschil enigszins voorspelbaar is voor de andere betrokken partijen<sup>1</sup>) als voor de goede functionering van de eigen rechtsorde. Rechtszekerheid brengt een structuur. Slechts binnen een duidelijke structuur kan ruimte ontstaan voor gevalsgebonden benaderingen. De structuur laat toe om alle belangrijke gevolgen van deze of gene beslissing, en de haalbaarheid ervan, niet alleen persoonlijk, maar ook structureel, op maatschappelijk niveau (financieel, sociaal), in te schatten.

Het criterium van de stabiele verblijfspositie, ingevuld a.h.v. bepalingen van het nationaliteitsrecht en het verblijfsrecht, geeft o.i. aan met welke rechtsorde een persoon de nauwste band heeft. Het is aangewezen om in toepassing van dat recht het personeel statuut van de betrokkene te regelen, minstens inzake het

---

<sup>1</sup> Dit voordeel speelt o.i. vooral in de praktijk: de andere partij zal minder snel het gevoel hebben dat hij zijn recht op verdediging niet volwaardig heeft kunnen uitoefenen of dat de aanknopingspunt niet op gepaste gronden gebeurde. Doordat hij zich verwachtte aan de toepassing van het aangewezen recht, heeft hij reeds de tijd gekregen om zich voor te bereiden op (en neer te leggen bij) de uitspraak die in toepassing ervan eveneens min of meer voorspelbaar was. Het risico op een betwisting van de uitspraak is geringer.



ontstaan van gezinsleven tussen partners.

Eenieder die op stabiele wijze in België verblijft zou Belgisch recht toegepast zien op vragen die het ontstaan en de geldigheid van zijn gezinsleven betreffen. Voor personen die in België verblijven, maar (nog) niet op stabiele wijze, wordt verwezen naar de *lex patriae* of de wet van de Staat van (voormalig) stabiel verblijf indien hun personeel statuut voorheen reeds door één van deze rechtsordes geregeld werd. Deze optie is ingegeven door de gecombineerde doelstelling om aan te knopen bij een rechtsorde waarmee de betrokkene een nauwe band heeft en om de internationale beslissingsharmonie te bevorderen door de eenheid van aanknoping te bewaren zolang er geen nieuwe stabiele aanknoping is<sup>2</sup>.

Werd voorheen niet aangeknoopt bij de familiewet van één van de genoemde rechtsordes, dan wordt de vreemdeling een rechtskeuze gelaten tussen één van deze wetten en de Belgische familiewet, onder voorbehoud van een opwerping van de exceptie van openbare orde tegen wetten die onaanvaardbare rechtsgevolgen zouden instellen. De stabiliteit van de aanknoping wordt daardoor weliswaar verstoord, aangezien niet langer wordt aangeknoopt bij het recht dat voorheen op de betrokkene werd toegepast. We menen evenwel dat steeds het belang primeert om aan te knopen bij een wet waarmee de betrokkene een nauwe band heeft. Na de eenmalige keuze kan een lange periode van stabiele aanknoping intreden, m.n. tot de betrokkene een stabiele verblijfspositie in België heeft.

Erkende vluchtelingen en staatlozen zouden vanaf hun erkenning Belgisch recht toegepast zien op hun rechtssituatie, aangezien ze in beginsel niet in een andere Staat terecht kunnen en bijgevolg met België de nauwste band hebben.

Minderjarige kinderen zouden, met het oog op juridische eenheid binnen de familie, in beginsel hun ouders volgen. Een uitzondering zou worden gemaakt voor kinderen die toegang genieten tot de regeling van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit voor tweede- of derdegeneratiemigranten, om hen reeds eerder de volle toepassing van Belgisch recht te laten genieten, ook als hun ouders nog niet of niet langer<sup>3</sup> op stabiele wijze in België verblijven en hebben geopteerd voor een behouden aanknoping bij de *lex patriae*.

De rechter of ambtenaar van de burgerlijke stand zou erop toezien dat de rechtskeuze systematisch plaatsvindt bij de eerste familierechtelijke confrontatie met een Belgische autoriteit. In het vreemdelingenregister zou melding worden gemaakt van het recht dat op de vreemdeling wordt toegepast tot hij een stabiele verblijfspositie verwerft, opdat de aanknoping bij een volgende confrontatie soepel zou kunnen verlopen.

---

<sup>2</sup> We willen vermijden dat de aanknopingsoefening al té vaak aanleiding geeft tot de toepassing van ander familierecht. Een evenwicht dient te worden gezocht tussen een aanknoping bij de wet waarmee men op dat ogenblik de nauwste band heeft en de stabiliteit van de aanknoping.

<sup>3</sup> Deze laatste hypothese is de enige mogelijke hypothese in het geval van een tweede-generatiemigrant, aangezien de regeling van art. 11bis W.B.N. vereist dat de ouders gedurende tien jaar ononderbroken in België hebben verbleven.

4. Ten tweede sluiten we ons aan bij de huidige trend binnen het internationaal privaatrecht om een beoordeling van inbreuken op de openbare orde te laten afhangen van de band die de betrokkene en de situatie hebben met de Belgische rechtsorde.

*Inlandsbeziehung* vervult een steeds centralere rol in het I.P.R.

Vandaag gebeurt dit reeds ruimer dan alleen via de openbare-orde-exceptie. De techniek wordt tevens aangewend om een correctie te bieden op de huidige aanknopingsregeling (aanknoping bij de *lex patriae*) indien die *in casu* niet de beste oplossing aanreikt, soms rechtstreeks (via een andere of alternatieve aanknoping, al dan niet gemotiveerd), soms onrechtstreeks (via *renvoi*<sup>4</sup>).

Wij beogen eveneens correcties in te stellen, zij het – met het oog op meer rechtszekerheid – via vaste criteria.

We stonden reeds stil bij een eerste techniek: een nieuwe aanknopingsregeling die is ingegeven door aandacht voor *Inlandsbeziehung*.

Daarnaast beogen we bij de toepassing van buitenlands recht op meerdere wijzen rekening te houden met de verhouding die de rechtssituatie heeft met de betrokken rechtsordes. De rechtssituatie heeft op het ogenblik van de beoordeling mogelijk inmiddels een sterke band verworven met de Belgische rechtsorde. Het is niet steeds zo dat ze een effectieve band heeft behouden met de rechtsorde waarvan de wet wordt aangewezen door de verwijzingsregel.

Is dat wél zo, dan vormt de hierboven aangehaalde techniek van de verzachte werking van de exceptie van openbare orde een methode om de (nog) zwakke band met de Belgische rechtsorde mee in aanmerking te nemen. In het andere geval zal de openbare-ordenotie net strenger worden toegepast. Het is m.a.w. mogelijk om de gestrengheid van de beoordeling aan te passen aan de concrete omstandigheden. Dat gebeurt vandaag reeds.

Daarnaast menen we dat het is aangewezen om in bepaalde situaties soepelheid aan de dag te leggen, ook al is het aangewezen buitenlandse recht overtreden. Is de band met die rechtsorde inmiddels verzwakt, dan kan o.i. alsnog worden overgegaan tot een erkenning van buitenlandse rechterlijke uitspraken en officiële akten, mits de overtreding geen situatie schept die onverenigbaar is met de openbare orde. De betreffende buitenlandse nietigheidsvereiste zou hierbij worden geherkwalificeerd tot verbiedend beletsel.

We suggereerden een toepassing van dit correctiemechanisme als aanvulling op ons aanknopingsvoorstel m.b.t. de beoordeling van huwelijken die in het

---

<sup>4</sup> Doorverwijzing naar het recht dat door het I.P.R. van de aangewezen rechtsorde wordt aangewezen, m.a.w.: dubbele verwijzing: i.p.v. te verwijzen naar het interne recht van de rechtsorde waarnaar de aanknopingsregel van het *forum* verwijst, verwijst men naar het I.P.R. van die rechtsorde. Bepaalt de aangewezen *lex patriae* bv. dat voor het personeel statuut dient te worden aangeknoopt bij de *lex domicilii*, dan wordt alsnog een ander recht toegepast dan de aanvankelijk aangewezen *lex patriae*, als de betrokkene niet woont in zijn vaderland.

buitenland zijn aangegaan in overtreding van verwantschaps- en andere beletselen die niet bestaan naar Belgisch recht. Ons voorstel is ingegeven door de bekommernis om inmiddels gevormd gezinsleven te beschermen, nu de internationale beslissingsharmonie hoedanook reeds is verstoord<sup>5</sup>.

Het voorstel vormt een variant (ze beperkt zich m.n. tot de beoordeling van de erkenbaarheid van rechtsverhoudingen die reeds ontstaan zijn) op de toenemende optie in hoofde van de Nederlandse wetgever om de vreemdeling de keuze te laten of hij al dan niet een hinkende rechtspositie wenst aan te gaan. We beogen m.a.w. om de aandacht voor *Inlandsbeziehung* te verruimen tot een *connections approach* in situaties waarbij een rechtsverhouding reeds tot stand is gekomen in een Staat die de geldigheid ervan erkent.

Voor het homohuwelijk en de buitenhuwelijkse tweerelatie stelden we voor om deze optie volledig toe te passen, in afwachting van verdragsrechtelijke bepalingen ter bevordering van de internationale beslissingsharmonie. Een responsabilisering van de betrokkene vormt o.i. de beste aanpak van een voorlopig moeilijk oplosbaar I.P.R.-probleem.

5. Ten derde dwingt het gelijkheidsbeginsel ons ertoe om bij de toepassing van buitenlands recht voldoende inspanningen te leveren tot inpassing van een buitenlandse rechtsfiguur in de Belgische rechtsorde. Dit is een vereiste opdat de *formele* verwijzing (door de verwijzingsregel) naar buitenlands recht *materieel* (in de toepassing van de aangewezen wet) zou leiden tot een toepassing van het buitenlandse recht zoals het geldt. Een aanknopingsregel eerbiedigt het gelijkheidsbeginsel slechts als zijn concrete toepassing ertoe leidt dat personen in een vergelijkbare situatie, ondanks de toepassing van verschillend recht, gelijk worden behandeld. De vergelijkbaarheid van de situatie wordt bepaald door de inhoud van het recht, niet door de juridische benaming ervan.

In dat licht hebben we in de tweede toegangspoort (deel 2B) de leer van de adaptatie- en verwante technieken besproken en hebben we deze leer toegepast op meerdere plaatsen in het onderzoek. We besloten o.m. tot een adapteerbaarheid van het PACS<sup>6</sup> aan de Belgische wettelijke samenwoning en van het geregistreerde partnerschap aan het Belgische (homo)huwelijk.

6. We verwezen in het voorgaande reeds meermaals naar de doelstelling om internationale beslissingsharmonie te bereiken. De drie genoemde technieken (het aanknopingsvoorstel, de soepelere erkenning van rechtsverhoudingen die in het buitenland zijn ontstaan, mits ze onze openbare orde niet stuiten, en de adaptatietechniek) dienen deze doelstelling<sup>7</sup>.

Ze bevorderen tevens het bereiken van interne beslissingsharmonie, aangezien ze toelaten dat meer situaties naar Belgisch recht worden beoordeeld (rechtstreeks door de aanknopingsregeling en onrechtsteeks door de adaptatie

<sup>5</sup> Het huwelijk wordt immers erkend in de Staat van huwelijksvoltrekking.

<sup>6</sup> Het *Pacte civil de solidarité*, de Franse regeling voor samenwoners.

<sup>7</sup> Cf. *infra*, randnrs 7-8.

van buitenlandse aan Belgische rechtsfiguren) en in de Belgische rechtsorde worden ingepast<sup>8</sup>.

Beide doelstellingen om juridische harmonie na te streven kaderen binnen de doelstelling om eenieder, ongeacht zijn nationaliteit, een optimale rechtsbescherming te bieden.

## **B. STREVEN NAAR INTERNATIONALE BESLISSINGSHARMONIE**

7. Internationale beslissingsharmonie voorkomt het ontstaan van hinkende rechtsposities.

Zolang geen *harmonisatie* van verwijzingsregels wordt bereikt op internationaal niveau, worden rechtssituaties in de onderscheiden rechtsordes a.h.v. verschillend recht beoordeeld en is het risico op hinkende situaties reëel.

Hieraan valt op internrechtelijk niveau structureel niets te veranderen. Slechts via het verdragsrecht kan een harmonisatie tot stand worden gebracht. Stappen hiertoe worden alvast gezet op het niveau van de Haagse Conferentie, de *Commission Internationale d'Etat civil*, de Raad van Europa en sinds kort ook de Europese Unie.

8. Wél kan in het interne recht via de systematische toetsing van de I.P.R.-aanknopingsmechanismen op hun accuraatheid, worden gestreefd naar een *minimalisering van het risico* op hinkende rechtsposities. Door aan te knopen bij het recht waar de betrokkene de nauwste band mee heeft, en de beoordeling hiervan te laten samenhangen met de stabiliteit van zijn verblijfssituatie, komt men alvast tot een beoordeling van rechtsvragen a.h.v. het recht waar de betrokkene het vaakst mee in aanraking komt. Het aantal confrontaties met een andere rechtsorde dan deze die de rechtssituatie regelt, wordt hierdoor zoveel mogelijk herleid.

We schoven ons aanknopingsvoorstel dat erin bestaat om te verwijzen naar het recht van de Staat waar men op stabiele wijze verblijft naar voren als mechanisme om de beoogde doelstelling te verwezenlijken.

## **C. STREVEN NAAR INTERNRECHTELIJKE BESLISSINGSHARMONIE**

9. Het belang van internrechtelijke beslissingsharmonie, over de rechtstakken heen, wordt vooralsnog zelden erkend<sup>9</sup>. Een gelijke bescherming van elk geoorloofd familieleven noopt er o.i. toe om over de rechtstakken heen eenzelfde

<sup>8</sup> Cf. *infra*, randnrs 9 e.v.

<sup>9</sup> Wel reeds A. ALLEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds)., *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Gent, Mys en Breesch, 1996-97; M. NYS (2002), 665 p.

gezinsconcept te hanteren.

Een weigering om polygamie burgerrechtelijk te erkennen, terwijl de polygame echtgenote wél tot het verblijf kan worden toegelaten, in toepassing van het '*first comes, first takes*'-criterium, is inconsequent. Het huidige verblijfs criterium schendt o.i. bovendien het gelijkheidsbeginsel en het recht op bescherming van het (niet alleen feitelijke, maar ook juridische) gezinsleven van de man met zijn eerste echtgenote en hun kinderen<sup>10</sup>. De verblijfsregeling dient o.i. overeen te stemmen met de familierechtelijke regeling: een wettige huwelijkspartner kan het recht op gezinshereniging niet worden geweigerd als hij voldoet aan alle verblijfsvoorwaarden die aan een huwelijkspartner worden gesteld. Een afwijking van het familierechtelijk gezinsconcept kan slechts uitzonderlijk en onder overtuigende rechtvaardiging worden toegestaan. Eénmaal in ons onderzoek meenden we dat dergelijke afwijking gerechtvaardigd is: opteert de eerste echtgenote ervoor om niet (langer) gebruik te maken van haar recht op gezinshereniging, dan menen we dat de tweede of verdere echtgenote tot het verblijf kan worden toegelaten terwijl het eerste huwelijk voortbestaat, mits de eerste echtgenote niet (langer) in België verblijft. Het tweede huwelijk kan weliswaar niet worden erkend alvorens het eerste is beëindigd. We menen evenwel dat het belang van de eerste echtgenote bij een voortgezet onderhoud<sup>11</sup> verantwoordt dat deze uitzondering wordt gemaakt. Het recht op verblijf zou aan de tweede echtgenote kunnen worden toegekend als huwelijkscorrelarium dat de openbare orde niet schendt, aangezien er geen feitelijke polygame gezinsbeleving plaatsvindt in België<sup>12</sup>.

**10.** Enerzijds is het in beginsel aangewezen om slechts een recht op gezinshereniging te verlenen als de juridische gezinsband die aan dat recht ten grondslag ligt wettig (erkenbaar) is. Daartoe dient voorafgaandelijk aan de toelating tot het verblijf een onderzoek te gebeuren naar de burgerrechtelijke geldigheid van het huwelijk of de afstammingsband.

<sup>10</sup> We gaven aan dat slechts de kinderen van de vrouw die de man reeds heeft vervoegd, tot het verblijf worden toegelaten.

<sup>11</sup> Weigeren we deze uitzondering, dan dreigt een oudere, zieke, onvruchtbare, kortom niet langer gewenste vrouw, te worden verstoten door een man die met een tweede vrouw wenst te huwen, ten laatste op het ogenblik dat hij deze wenst te laten overkomen. Geniet de eerste (of vorige) echtgenote nog geen zelfstandig recht op verblijf, dan zal ze moeten terugkeren naar haar herkomstland. Daar dreigt ze eveneens door haar familie te worden verstoten, aangezien verstotingen sociaal moeilijk worden aanvaard. Er is weinig waarborg dat ze het recht op een onderhoudsuitkering dat haar is toegekend bij de echtscheiding van haar polygame man (de tweede echtgenote wordt vandaag slechts tot het verblijf toegelaten mits het eerste huwelijk rechtsgeldig is ontbonden – een buitenlandse verstoting zal slechts worden erkend mits de rechten van verdediging van de vrouw zijn geëerbiedigd; bij die controle wordt haar vaak een onderhoudsgeld toegekend) effectief zal kunnen afdwingen. Rekening houdend met deze twee praktische bedenkingen is het o.i. aanbevolen om de eerste vrouw toe te laten vrijwillig afstand te doen van de gezinsbeleving en terug te keren naar het land van herkomst, zodat ze een verstoting kan voorkomen en voort door het leven kan gaan als een wettige echtgenote die door haar man op afstand financieel wordt ondersteund.

<sup>12</sup> Cf. de huidige toekenning van rechtsgevolgen aan polygaam gehuwden: deel 4, hoofdstuk 2.

11. Anderzijds zijn er argumenten die verantwoorden dat niet alle gezinsleven onvoorwaardelijk rechtsbescherming geniet.

Vooreerst spreekt het voor zich dat een recht op verblijf op grond van gezinsleven slechts wordt verstrekt aan personen die effectief feitelijk een gezin vormen met de verblijfhouder-gezinshereniger. In dat licht is een samenwoonstcontrole gerechtvaardigd binnen een redelijke termijn, m.n. zolang er geen andere gronden<sup>13</sup> zijn om een voortgezet verblijf op te steunen.

Daarnaast worden in het licht van het economisch welzijn van de Staat bijkomende voorwaarden gesteld die niet rechtstreeks verband houden met het gezinsleven. Deze voorwaarden dienen o.i. aan een strenge gelijkheidstoets en proportionaliteitstoets te worden onderworpen. Ze stellen een beperking op het recht om oprecht gezinsleven beschermd te zien<sup>14</sup>. Bepaalde beperkingen worden evenwel gerechtvaardigd door de doelstelling om een realistisch vreemdelingenbeleid te voeren en ervoor te zorgen dat het model van de welvaartstaat ten minste kan worden aangehouden ten behoeve van alle huidige verblijfhouders.

Dit neemt niet weg dat gesleuteld kan worden aan de concrete beoordelingscriteria van het verblijfsrecht en dat kan worden overwogen om de “*last resort*” machtiging tot het verblijf “wegens buitengewone omstandigheden” of “in het licht van art. 8 E.V.R.M.” niet langer te beperken tot familieleden die de *elsewhere approach* doorstaan, maar te verruimen tot eenieder die de *connections approach* doorstaat, i.e. een overtuigende band heeft met de Belgische rechtsorde.

#### **D. STREVEN NAAR EEN OPTIMALE MAAR HAALBARE BESCHERMING VAN GEZINSLEVEN: EENZELFDE CONNECTIONS APPROACH, OVER DE RECHTSTAKKEN HEEN**

12. Zowel ons aanknopingscriterium voor het I.P.R. als onze voorstellen in het licht van het verblijfsrecht zijn ingegeven door een *connections approach*. Het onderzoek van beide rechtstakken was er, zoals gezegd, op gericht om eenieder te beschermen in toepassing van het recht waar hij de nauwste band mee heeft.

<sup>13</sup> M.n. gronden tot bescherming van het privéleven of van nieuw gezinsleven, het argument dat men nergens elders terecht kan (*elsewhere approach*).

<sup>14</sup> Vooralsnog genieten de Staten evenwel, vooral t.a.v. derdelanders, een ruime beoordelingsbevoegdheid. Hierdoor zijn de huidige bestaansmiddelenvereiste en huisvestingseis (deze zijn erop gericht om te voorkomen dat al te vaak een beroep wordt gedaan op sociale bijstand) vooralsnog gespaard van een strenge evaluatie in het licht van het recht op bescherming van feitelijk gezinsleven. De vereiste van geldige binnenkomstdocumenten werd recent ongerechtvaardigd bevonden t.a.v. E.U.-onderdanen en hun familieleden. Deze veroordeling geeft alvast een eerste signaal dat voortaan meer aandacht zal uitgaan naar de vraag of de bijkomende vereisten proportioneel zijn.

13. We gaven zowel in het familierecht als in het verblijfsrecht onze *connections approach* vorm d.m.v. het criterium van de stabiele verblijfspositie.

14. Voor het familierecht menen we, zoals we reeds stelden, dat een aanknoping bij het recht van de Staat waar men stabiel verblijft, overeenstemt met een aanknoping bij het recht waar men de nauwste band (*connection*) mee heeft<sup>15</sup>.

15. Voor het verblijfsrecht sluiten we ons aan bij de huidige regeling dat een recht op verblijf voor onbepaalde duur volstaat als *connection* om bepaalde gezinsleden recht op gezinshereniging te verlenen, mits is voldaan aan enkele gerechtvaardigde<sup>16</sup> binnenkomstvereisten.

Ook als niet aan die vereisten is voldaan of als een verzoek tot gezinshereniging wordt geformuleerd ten behoeve van andere gezinsleden dan deze die expliciet worden genoemd in art. 10 of 40 Vreemdelingenwet<sup>17</sup>, dient het gezinsleven o.i. evenwel te worden beschermd in die situaties waarin sterke banden met België zijn uitgebouwd. We menen dat het bepalende criterium ook in dit verband de stabiele verblijfspositie kan zijn, ditmaal in hoofde van de gezinshereniger. Onze *connections approach* in het verblijfsrecht steunt m.a.w. eveneens op het criterium van de stabiele verblijfspositie.

Is die positie nog niet verworven, dan kan een afwijking van de binnenkomstvoorwaarden afhankelijk worden gesteld van het doorstaan van de *elsewhere approach*. Een verblijfsmachtiging zou worden beperkt tot die personen voor wie geen andere oplossing mogelijk is, omdat er kennelijk<sup>18</sup> geen andere Staat is waar de betrokkenen terecht kunnen en hun effectief gezinsleven kunnen opstarten of voortzetten. Dit gebeurt vandaag nog overwegend algemeen. De *elsewhere approach* wordt vandaag nog overwegend toegepast op eenieder die geen recht op gezinshereniging geniet, ongeacht zijn

---

<sup>15</sup> Het criterium van de nationaliteit vervult in onze voorstellen nog slechts een indirecte rol bij de aanknoping. Toegang tot de Belgische nationaliteit zou mee bepalen of de betrokkene een stabiele verblijfpositie in België heeft.

Voorts menen we evenwel dat de functie van nationaliteit best wordt beperkt tot een symbolische functie, als aanwijzer van culturele binding, van burgerschap. De nationaliteit zou daarbij, buiten de sfeer van de aanknopingsleer, nog slechts marginaal in het familierecht worden aangewend voor de beoordeling van vragen waarbij de culturele achtergrond mee in rekening wordt genomen. Cf. *supra*, deel 3A, hoofdstuk 1 (de leeftijdsvereiste), m.b.t. de dispensatie van een minderjarige van de leeftijdsvereiste. Zie ook *supra*, deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste).

<sup>16</sup> Voor een evaluatie: cf. *supra*, deel 2C.

<sup>17</sup> Bv. kleinkinderen, grootouders en collateralen van derdelanders, collateralen van EER-vreemdelingen, de samenwonende partner (al dan niet in het kader van een *wettelijke* samenwoning), eenieder met wie men geen juridisch maar een louter feitelijk gezinsleven leeft.

<sup>18</sup> De selectie van Staten waarop de *elsewhere approach* wordt toegepast, is beperkt. Men gaat slechts na of er toegang bestaat tot het verblijf in een Staat waarmee de betrokkenen een zekere band hebben. Het is m.a.w. niet uitgesloten dat ze, ook na een voor hen voordelige uitkomst van de *elsewhere approach* (m.n. machtiging tot verblijf in België) alsnog elders terecht zouden kunnen.

verblijfssituatie. Het Hof voor de Mensenrechten heeft de weg naar een *connections approach* reeds ingeslagen, maar nog niet systematisch en nog niet voor elke vorm van gezinsleven.

Door de verblijfspositie te laten inwerken op het oordeel of een machtiging tot gezinshereniging in België is aangewezen, m.a.w. door op verblijfsgronden een opdeling tussen een *elsewhere* en een *connections approach* te bepalen, menen we dat het beleid inzake gezinshereniging beter in overeenstemming zou kunnen worden gebracht met de doelstellingen van art. 8 E.V.R.M.

## **E. EEN AFWEGING VAN KEUZES MET HET OOG OP EEN HUMAAN, MAAR TEVENS REALISTISCH VREEMDELINGENBELEID**

16. Het interessante, maar tevens moeilijke aan dit onderzoek is dat aan elk oordeel aanzienlijke economische gevolgen verbonden zijn. Effectief gezinsleven verdient bescherming. De mate waarin onze rechtsorde de kosten van die bescherming op zich moet nemen kan heel uiteenlopend worden beoordeeld.

In dat licht werkten we het voorstel uit om noch algemeen gebruik te (blijven) maken van de *elsewhere approach*, waarbij de Belgische Staat slechts tussenkomt bij uiterste nood, noch algemeen over te schakelen naar een *connections approach* die – tenzij hij restrictief wordt toegepast (cf. ons voorstel<sup>19</sup>) – de Belgisch schatkist zwaar zou belasten.

In dat licht ook beoordeelden we de bijkomende vereisten die aan de gezinshereniger en/of zijn familielid worden gesteld opdat zij effectief gebruik zouden kunnen maken van hun recht op gezinshereniging. In de derde toegangspoort hebben we kritisch stilgestaan bij enkele bijkomende binnenkomstvoorwaarden. Bepaalde ervan hebben we ongerechtvaardigd bevonden. In het verdere onderzoek hebben we andere voorwaarden dan weer als te soepel beoordeeld. In het licht van de strijd tegen schijnhuwelijken bv. dient o.i. een langere samenwoonstcontrole te worden doorgevoerd en dient bovenal de wachttijd voor een zelfstandig recht op verblijf te worden verlengd.

17. We hebben gepoogd om ons te laten leiden door de gecombineerde doelstelling om enerzijds het gelijkheidsbeginsel en het recht op bescherming van het familieleven te eerbiedigen en anderzijds misbruik van het verblijfsrecht te voorkomen. Slechts als misbruik optimaal bestreden wordt, blijft het economisch én ideologisch haalbaar om een rechtvaardig beleid te voeren t.a.v. oprecht gezinsleven.

Deze gedachtelijn kan worden doorgetrokken naar andere rechtstakken zoals

---

<sup>19</sup> Cf. *supra*, deel 2B: via het criterium van de ‘stabiele verblijfplaats’.



o.m. het arbeidsrecht, het socialezekerheidsrecht en het huisvestingsbeleid.

**18.** De doelstelling om met rechtstakoverschrijdende criteria te werken steunt niet alleen op theoretische, maar bovenal op praktische overwegingen: via een versoepelde toegang van gezinsleden tot het recht om te werken, kan worden tegemoetgekomen aan de vereiste dat het gezin over voldoende bestaansmiddelen beschikt. Een vergelijkende studie van de vereisten die het verblijfsrecht stelt<sup>20</sup> en van de mogelijkheden die het arbeidsrecht en de huidige toestand van de arbeidsmarkt bieden<sup>21</sup>, kan mogelijk toelaten om de vereiste meer toe te spitsen op de concrete situatie.

Elke toets van een concrete behandeling aan art. 8 E.V.R.M. dient o.i. overigens te worden doorgevoerd op deze genuanceerde wijze, die het geheel van de onderzochte rechtspositie overschouwt.

**19.** Deze onderzoeksdomeinen zijn evenwel slechts beperkt aan bod gekomen. Een volwaardig onderzoek naar het recht op bescherming van het gezinsleven vereist, zoals we hierboven reeds aangaven, dat ook deze rechtstakken worden getoetst in het licht van een consequente en rechtvaardige toepassing van het gezinsconcept<sup>22</sup>.

We herhalen tevens onze opmerking in de algemene inleiding dat rechtsvergelijkend onderzoek met het Britse I.P.R. een licht kan werpen op de verenigbaarheid van een (veralgemeende) domicilieaanknopning met het gelijkheidsbeginsel. Dergelijk onderzoek schijnt ons onontbeerlijk toe als het erop aankomt om het voorliggende voorstel van I.P.R.-wetboek te evalueren, zeker voor wat betreft andere dan familierechtelijke I.P.R.-vraagstukken<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Ogenblik waarop aan de vereiste van voldoende bestaansmiddelen moet zijn voldaan; persoon die hieraan moet voldoen.

<sup>21</sup> Ogenblik waarop men toegang tot de arbeidsmarkt geniet, grenzen die worden gesteld aan die toegang (bv. inzake marktsector(en) waartoe toegang wordt verleend), effectieve kansen om werk te vinden als allochtoon in de betrokken sectoren.

<sup>22</sup> Binnen het socialezekerheidsrecht zou bv. kunnen worden gewerkt aan een grotere gelijkstelling van de toepassingsvoorwaarden van de onderscheiden regelingen, ongeacht de nationaliteit, voor wat betreft de verblijfsvereiste en de verblijfsduurvereiste. Vandaag moet in de regeling van de gewaarborgde gezinsbijslag worden voldaan aan een verblijfsduurvereiste van vijf jaar door alle vreemdelingen die niet EER-onderdaan, Turk, staatloze of vluchteling zijn, en die niet de werking van een voordeligere verdragsbepaling genieten: art. 1 Wet van 20 juli 1971 tot instelling van een gewaarborgde gezinsbijslag, B.S. 7 augustus 1971. De Europese Commissie ijvert sinds 1974 en de Raad van de E.U. sinds 1976 voor een gelijke behandeling van alle werknemers en hun gezinsleden. Hierover meer: S. D'HONDT, "De plaats van nationaliteit in het huidige recht: verwerving, rol en doorwerking", in D. VANHEULE, M.-CL. FOBLETS en B. HUBEAU (eds), *Migratie- en migrantenrecht, Recente ontwikkelingen*, deel 8, Brugge, Die Keure, 2003, te verschijnen.

<sup>23</sup> Voor het ontstaan van het gezinsleven blijft m.n. overwegend aangeknoopt worden bij de *lex patriae*.

## **HOOFDSTUK 2. NEGEN RICHTLIJNEN VOOR HET BELEID**

### **INLEIDING**

We beschouwen het als onze taak om verder te gaan dan een loutere analyse en om n.a.v. het onderzoek concrete suggesties uit te werken voor het beleid, opdat onze analyse maatschappelijk relevante vruchten zou kunnen afwerpen.

Aangezien dit onderzoek meerdere betrachtingen in zich verenigt – de bevordering van gelijke behandeling en van rechtsharmonie (zowel intern- als internationaalprivaatrechtelijk), de eerbiediging van enkele andere fundamentele rechten (o.m. de bescherming van het gezinsleven, de bescherming van het recht om te huwen, het belang van het kind) en de bescherming van de sociaal zwakkere partij – kunnen de hiernavolgende richtlijnen bovendien verhelderend werken voor de lezer van ons onderzoek.

Na een korte opsomming lichten we de hiernavolgende negen richtlijnen nader toe en verwijzen we naar de plaats in het onderzoek waar ze grondig worden uitgewerkt.

### **NEGEN RICHTLIJNEN IN EEN NOTENDOP**

#### **RICHTLIJN INZAKE NATIONALITEITSRECHT**

1. We menen dat het is aangewezen om de criteria tot verlening van de Belgische nationaliteit (weer) te steunen op de opvatting dat de vreemdeling inmiddels een voldoende sterke band heeft opgebouwd met de Belgische rechtsorde om de Belgische nationaliteit te verwerven. Deze criteria zouden vervolgens rechtstakoverschrijdend als integratiecriteria kunnen worden aangewend en bijgevolg de interne rechtsharmonie kunnen bevorderen.

#### **RICHTLIJNEN INZAKE GEZINSHERENIGINGSRECHT**

2. We menen dat het is aangewezen om de gezinsconcepten die binnen het gezinsherenigingsrecht en het familierecht worden erkend systematisch onderling op elkaar af te stemmen. Dit betekent niet dat elke familieband recht zou verlenen op gezinshereniging. Wél zouden inconsequente situaties worden vermeden, zoals bv. de huidige o.i. inadequate omgang met polygamie, waarbij een burgerrechtelijk geldig eerste huwelijk niet steeds recht verleent op gezinshereniging.

3. De samenwoonstcontrole t.a.v. echtgenoten die aanspraak maken op gezinshereniging dient te worden gelijkgeschakeld, zonder onderscheid op grond van nationaliteit. We stellen voor om de controle te verlengen en om de nakomende echtgenoot pas na vier jaar verblijf een recht op zelfstandig verblijf te verlenen. In uitzonderlijke situaties (bv. overlijden van de rechtgevende) kan voorheen reeds een recht op voortgezet verblijf worden verleend na beëindiging van de gezinssituatie. Deze voorstellen zijn verenigbaar met het voorstel van gezinsherenigingsrichtlijn voor burgers van de Europese Unie en hun familieleden en de op 29 juli 2003 aangenomen gezinsherenigingsrichtlijn voor derdelanders (onderdanen van een Staat die geen deel is van de E.U.). Beide Richtlijnen laten evenwel soepelere bepalingen toe. Het valt te betreuren dat de Europese Lidstaten vooralsnog niet bereid zijn om hun regeling te harmoniseren.

4. We menen dat het is aangewezen om in het gezinsherenigingsrecht het voorstel tot veralgemeende<sup>1</sup> invoering van een bestaansmiddelenvereiste te verlaten en te vervangen door enerzijds een vereiste van borgstelling voor de kosten van terugkeer bij bewijs van schijnrelatie (schijnhuwelijk, schijnsamenwoning, schijnerkenning, schijnadoptie) en anderzijds een plicht voor de familieleden tot solidaire bijdrage naar vermogen in de lasten van het huishouden.

5. We stellen voor om de “*elsewhere approach*” die nog te vaak wordt toegepast in het verblijfsrecht<sup>2</sup> te verlaten en overwegend toepassing te maken van een “*connections approach*” in het familierecht EN in het verblijfsrecht. Slechts deze benadering beschermt het gezinsleven op een rechtvaardige manier.

6. We menen dat het is aangewezen om alle kinderen, zonder onderscheid op grond van nationaliteit, volgens dezelfde criteria al dan niet toe te laten tot gezinshereniging bij hun ouder(s). Tot de leeftijd van 18 jaar zou dergelijke toelating algemeen onvoorwaardelijk kunnen worden gemaakt, mits de nakomende ouder met wie het kind in het herkomstland familieleden heeft akkoord gaat. Boven die leeftijd zou algemeen nog tot de leeftijd van 21 jaar gezinshereniging kunnen worden toegestaan, mits de kandidaat twee voorwaarden vervult: ten eerste nog minderjarig zijn in toepassing van zijn personele recht en ten tweede hetzij handelingsonbekwaam zijn in zijn huidige Verblijfsstaat hetzij nog feitelijk ten laste zijn en deze aanhoudende afhankelijkheid kunnen verklaren door bijzondere omstandigheden. Op die manier zou elk kind worden beschermd met een recht op gezinshereniging zolang het in rechte én in de feiten, om redenen onafhankelijk van zijn wil, nog niet voor zijn eigen onderhoud kan instaan.

7. Administratieve en rechterlijke beslissingen omtrent éénzelfde gezinssituatie dienen onderling beter te worden afgestemd. Enerzijds menen we dat een oordeel over de oprechtheid van gezinsleven, behoudens in het kader van de

---

<sup>1</sup> Deze vereiste bestaat vandaag in het Belgische recht o.m. reeds voor samenwonenden.

<sup>2</sup> Dit gebeurt met verwijzing naar rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten in die zin

samenwoonstcontrole, slechts kan uitgaan van de burgerlijke rechter. Anderzijds dienen beoordelingen van de verblijfssituatie door de verschillende administraties (o.m. de verblijfsadministratie en het ministerie van tewerkstelling) gelijkvormig te gebeuren.

## **RICHTLIJNEN INZAKE FAMILIERECHT**

8. We menen dat het is aangewezen om het voordeel van een putatief huwelijk algemeen verleenbaar te maken, ook als de door het I.P.R. aangewezen wet deze rechtsfiguur niet kent. Dit laat toe dat personen die te goeder trouw een huwelijk zijn aangegaan, waarvan achteraf blijkt dat het ongeldig is, voort de rechtsgevolgen kunnen invoeren van inmiddels verworven rechtssituaties. Voor het verblijfsrecht zou dat betekenen dat de betrokkene zijn verblijf in België kan voortzetten, eens hij n.a.v. langdurig verblijf reeds een zelfstandige verblijfspositie had verworven vóór het ogenblik dat zijn huwelijk werd nietigverklaard.

9. We menen dat het is aangewezen om buitenlandse huwelijksbeletselen met nietigheidssanctie die niet bestaan naar Belgisch recht in bepaalde omstandigheden een verzachte werking toe te kennen. Ons voorstel bestaat erin ze slechts toe te passen als verbiedend beletsel (dat slechts *a priori* werkt en een nietigverklaring achteraf niet mogelijk maakt), indien het huwelijk dat is aangegaan in overtreding ervan onze openbare orde niet verstoort en de huwelijksluiting in het buitenland niet is ingegeven door *fraude à la loi*.

## DE NEGEN RICHTLIJNEN NADER TOEGELICHT

### RICHTLIJN INZAKE NATIONALITEITSRECHT

*1. Het is aangewezen om de criteria tot verlening van de Belgische nationaliteit (weer) om te vormen tot integratiecriteria.*

We menen dat het is aangewezen om de Nationaliteitswet te verstrengen, opdat de criteria ervan als echte integratiecriteria zouden kunnen worden aangewend. Nationaliteit dient te wijzen op bestaande integratie, niet op verhoopte integratie. Integratie van vreemdelingen kan slechts worden bevorderd in het kader van hun dagdagelijks functioneren in onze samenleving. Een verlening van de Belgische nationaliteit volstaat hiertoe niet en dekt overigens de integratieproblematiek toe door ze onzichtbaar te maken, aangezien van Belgen integratie wordt verondersteld en er daarom vanaf de nationaliteitsverwerving geen integratieproblematiek meer wordt onderkend.

Worden de criteria om de Belgische nationaliteit te verlenen (weer) gesteund op de opvatting dat de vreemdeling inmiddels een voldoende sterke band heeft opgebouwd met de Belgische rechtsorde om de Belgische nationaliteit te verwerven, dan kunnen die criteria tevens rechtstakoverschrijdend (m.n. zowel binnen het nationaliteitsrecht, als binnen het verblijfsrecht en familierechtelijk I.P.R.) worden toegepast bij elke beoordeling van de band die een vreemdeling heeft met de Belgische rechtsorde.

Binnen het verblijfsrecht zou (mede) a.h.v. deze criteria toegang kunnen worden verleend tot een versterkte verblijfpositie (de vestiging). Binnen het familierechtelijk I.P.R. zouden de criteria (mede) bepalen of een bepaalde vreemdeling al dan niet reeds een overwegende band heeft opgebouwd met de Belgische rechtsorde. In dat geval zou voor de beoordeling van zijn personeel statuut voor wat betreft wijzen van ontstaan van gezinsleven kunnen worden aangeknoopt bij Belgisch familierecht.

In het onderzoek steunen we ons op het beginsel dat het vervullen van de voorwaarden tot verwerving van de Belgische nationaliteit wijst op de verwerving van een stabiele verblijfpositie.

We oordeelden in dezelfde zin m.b.t. de meeste<sup>3</sup> criteria die in de Verblijfswet worden aangewend om vreemdelingen een versterkte verblijfpositie te verlenen (de criteria voor vestiging).

De huidige Nationaliteitswet stelt de Belgische nationaliteit evenwel open voor

---

<sup>3</sup> We sloten evenwel het criterium van het recht op vestiging op grond van Unieburgerschap of verwantschap met een Unieburger uit als criterium voor het familierechtelijk I.P.R., omdat dat recht op vestiging steunt op het recht op vrij verkeer. Dat recht verhindert o.i. dat de betrokkene verplicht zou worden onderworpen aan de toepassing van Belgisch familierecht, i.t.t. derdelanders die het land pas sinds kort zijn binnengekomen. Het besef van dergelijke onderwerping kan m.n. mogelijk een rem vormen op de uitoefening van het recht op vrij verkeer.

bepaalde vreemdelingen die persoonlijk nauwelijks een band met België hebben. Een herziening van deze kritieke bepalingen is aangewezen, zowel voor de betekenis en de functie van nationaliteit, als voor het consequente gebruik van integratiecriteria, zowel binnen een bepaalde rechtstak, als voor een grotere interne rechtsharmonie over de grenzen van de verschillende rechtstakken heen.

We opteerden er in de tweede toegangspoort (deel 2A) voor om alle bepalingen van de Nationaliteitswet voorlopig als integratiecriterium te hanteren. Hiermee beogen we niet onze steun te verlenen aan de huidige filosofie van het W.B.N. We deden dit om louter pragmatische redenen, vanuit de opvatting dat het belang van interne rechtsharmonie het haalt op de doelstelling om voor dit onderzoek slechts waardige integratiecriteria te hanteren. De wetgever heeft tenslotte het laatste woord bij de aanneming en wijziging van wetten. We hopen evenwel dat ons pleidooi voor interne rechtsharmonie en voor een aanknoping bij integratie als beslissingsfactor om de positie van een vreemdeling in het Belgische recht te versterken, de wetgever kan aanzetten tot een heroverweging (m.n. verstrenging) van de criteria om de Belgische nationaliteit te verlenen.

## **RICHTLIJNEN INZAKE GEZINSHERENIGINGSRECHT**

### ***2. De gezinsconcepten van het gezinsherenigingsrecht en het familierecht dienen beter op elkaar te worden afgestemd***

We menen dat het is aangewezen om de gezinsconcepten die binnen het gezinsherenigingsrecht en het familierecht worden erkend systematisch onderling op elkaar af te stemmen.

Binnen de huidige regeling is het bv. uitgesloten dat een polygaam huwelijk in België wordt gesloten of erkend als geldig huwelijk. Hoogstens kan worden toegestaan dat het polygame huwelijk bepaalde rechtsgevolgen ressorteert, m.n. als die de openbare orde niet schenden.

In het verblijfsrecht geldt dan weer een *first comes, first takes*-regel: verzoekt de tweede of verdere echtgenote als eerste om gezinshereniging, dan zal dat haar worden toegestaan, met uitsluiting van de eerdere echtgenote(s).

Weliswaar zou haar toelating tot het verblijf kunnen worden beschouwd als een toelaatbaar huwelijksgevolg, aangezien de openbare orde niet wordt geschonden zolang geen polygame gezinsbeleving in België plaatsvindt.

De regel laat evenwel niet steeds toe dat een persoon met een geldig en erkenbaar huwelijk, m.n. de eerste echtgenote, wordt toegelaten tot gezinshereniging. Verblijft de tweede of volgende echtgenote reeds in België, dan zal de eerste echtgenote de gezinshereniging worden geweigerd, aangezien haar gezinshereniging een schending van de openbare orde teweeg zou brengen, nu twee vrouwen eenzelfde man zouden vervoegen.

Dergelijke praktijk schendt o.i. art. 8 en 12 E.V.R.M. Een geldig huwelijk dat onze openbare orde niet stuit en dat gepaard gaat met feitelijk gezinsleven, opent een

recht op gezinshereniging. We stellen daarom voor dat de eerste vrouw steeds een prioritair recht op gezinshereniging zou worden verleend en dat pas na haar *opting-out* (waarmee ze aangeeft dat het huwelijk niet (langer) feitelijk wordt beleefd) tot bescherming van het gezinsleven van een verdere echtgenote zou worden overgegaan.

Daarnaast wezen we tevens systematisch op het belang van een correcte kwalificatie, inpassing in Belgisch recht, van buitenlandse gezinsvormen. Pas na een correcte kwalificatie kan worden geoordeeld of de gezinsvorm verenigbaar is met onze openbare orde en of er een voldoende intense gezinsbeleving tegenover staat om een aanspraak op gezinshereniging te openen. Het belang hiervan trad voornamelijk naar voren bij de beoordeling van buitenlandse pleegvormen. Naargelang deze al dan niet adapteerbaar zijn aan (gelijk te stellen zijn met) een Belgische volle adoptie, zullen ze al dan niet recht verlenen op gezinshereniging. Bij kwalificatie als louter feitelijke pleegsituatie of als pleegvoogdij, zal slechts uitzonderlijk een machtiging tot gezinshereniging worden verleend. We stelden overigens voor om een machtiging aan pleegkinderen te verbinden aan de vereiste dat zo snel mogelijk wordt overgegaan tot adoptie. We steunen m.a.w. de huidige opdeling tussen een recht op gezinshereniging voor geadopteerden en hoogstens een machtiging daartoe voor pleegkinderen. We wijzen evenwel op het belang van een correcte kwalificatie van elke buitenlandse pleegvorm (zie de criteria die we hiervoor aanreiken in deel 4B), met het oog op een gepaste positionering ervan t.a.v. verblijfsaanspraken.

### *3. De criteria tot verwerving van een recht op zelfstandig verblijf dienen te worden verstrengd*

Binnen de huidige regeling verwerft een nakomende echtgenoot recht op zelfstandig verblijf zodra de samenwoningcontrole is afgelopen, *i.e.* na zes maand verblijf in geval van gezinshereniging bij een Unieburger en na ten laatste vijftien maand verblijf in geval van gezinshereniging bij een derdelander.

Dergelijke soepele regeling moedigt schijnhuwelijken aan. De schijn dient slechts gedurende korte tijd opgehouden te worden. Zolang het huwelijk niet wordt nietigverklaard op grond van schijnhuwelijk, kan een scheiding (ook een echtscheiding) vanaf de inschrijving het verblijf niet langer onveilig maken. België hanteert hiermee het soepelste gezinsherenigingsbeleid van alle West-Europese Staten.

De Europese Richtlijn in voorbereiding inzake het recht op vrij verkeer van Unieburgers en hun familieleden binnen de Unie beoogde aanvankelijk alle Lidstaten te verplichten om de verwerving van het recht op zelfstandig verblijf uniform te doen ingaan na een verblijf van vier jaar. Dat voorstel is inmiddels verlaten: voortaan luidt het voorstel dat het *ten laatste* na vier jaar verblijf moet ingaan. We menen nochtans dat het aanvankelijke voorstel navolging verdient en

moet worden uitgebreid tot de hypothese van gezinshereniging bij een derdelander. De inmiddels gestemde Richtlijn inzake gezinshereniging (bij een derdelander) noemt echter eveneens een maximumtermijn, bepaald op vijf jaar verblijf. Een harmonisatie is nog veraf, zowel op intern- als op europeesrechtelijk vlak. We staan erbij stil in deel 3A, onder de bespreking van de vereiste van een geldige huwelijkstoestemming, meer bepaald van de strijd tegen schijnhuwelijken.

**4. *Vervanging van de middelenvereiste t.a.v. ongehuwd samenwonenden door een systematische plicht tot borgstelling voor de kosten van terugkeer bij schijnrelatie en een wederzijdse plicht tot bijdrage naar vermogen in de lasten van het huishouden***

Naar huidig Belgisch recht wordt de binnenkomst op grond van gezinshereniging bij een economisch niet-actieve E.E.R.-vreemdeling of bij een derdelander-student, evenals de gezinshereniging van het meerderjarige gehandicapte kind van een derdelander, afhankelijk gesteld van een middelenvereiste.

We menen dat dergelijke vereiste het recht op bescherming van het gezinsleven schendt (minstens in die situaties waar de betrokkenen in geen andere Staat terecht kunnen voor de voortzetting of uitbouw van hun gezinsleven (*elsewhere approach*)). De vereiste schendt tevens het gelijkheidsbeginsel, aangezien ze discrimineert op grond van vermogen.

De Richtlijn in voorbereiding inzake het vrij verkeer van Unieburgers en hun familieleden beoogt de Lidstaten er niet langer toe te verplichten om een middelenvereiste in te stellen t.a.v. niet-werkende Unieburgers. De Lidstaten zouden, bij aanname van de Richtlijn, m.a.w. voortaan voor elke hypothese van gezinshereniging hun middeleneis kunnen afschaffen. Meer nog, de Staten die hun middeleneis wensen te handhaven, zouden ingeval van gezinshereniging van een echtgenoot of kind bij een Unieburger niet langer *a priori* kunnen nagaan of aan de vereiste wordt voldaan: ze moeten genoeg nemen met een verklaring op eed, tot bewijs van het tegendeel.

T.a.v. ongehuwd samenwonenden zal elke Lidstaat vermoedelijk zijn soevereiniteit behouden. O.i. kan voor hen volstaan dat in het verplichte samenwoningscontract een belofte tot bijdrage naar vermogen in de lasten van het huishouden wordt opgenomen, zoals vandaag naar Belgisch recht geldt in huwelijks- en afstammingsrelaties.

Om de kost van de strijd tegen schijnrelaties (schijnhuwelijken, schijnpartnerschappen, schijnadopties, schijnerkenningen) in te perken, menen we dat het is aangewezen om de bijdrageplicht aan te vullen met een bijkomende voorwaarde tot borgstelling voor de kosten van terugkeer bij bewijs van schijnrelatie. Toegelaten zou kunnen worden dat deze borg wordt gesteld door een willekeurige derde, om aldus te vermijden dat het recht op gezinshereniging



zou worden ondergeschikt aan een indirecte wachttermijn voor onvermogenen. Daarnaast zou in een strafbaarstelling (met boete) kunnen worden voorzien bij bewijs van kwaad opzet.

#### **5. *Naar een veralgemeende connections approach in het familierecht en in het verblijfsrecht***

Met het oog op een waardige bescherming van gezinsleven is het aangewezen om de *elsewhere approach*, een benadering waarbij slechts tot schending van art. 8 E.V.R.M. wordt besloten als de weigering van gezinshereniging tot gevolg heeft dat de betrokkenen nergens elders hun gezinsleven kunnen voortzetten of aanvangen, definitief te verlaten. Het Hof voor de Mensenrechten heeft reeds meermaals uitspraak gedaan in het licht van een *connections approach*, waarbij een sterke band met de aangesproken rechtsorde in combinatie met een afzwakking van de band met het land van herkomst wordt geacht een voldoende grond te vormen om bescherming af te dwingen. Het Hof doet dat evenwel nog niet systematisch.

Ook voor de interne rechtsharmonie zou een veralgemeende *connections approach* zijn vruchten afwerpen. Binnen het nationaliteitsrecht geldt de band met de Belgische rechtsorde als voornaamste criterium (of zou dat het geval moeten zijn, *cf. supra*). Voor het familierechtelijk I.P.R. is het eveneens wenselijk dat het criterium van de nauwste band centraal staat.

#### **6. *Naar een recht op gezinshereniging voor alle kinderen tot de leeftijd van 21 jaar, zonder onderscheid op grond van nationaliteit, zolang ze minderjarig zijn in toepassing van hun personele recht én hetzij tevens handelingsonbekwaam in hun huidige verblijfsstaat hetzij bijzondere omstandigheden kunnen opwerpen***

Het Belgische gezinsherenigingsrecht beperkt het recht op gezinshereniging bij een derdelander voor minderjarige kinderen ten laste tot de leeftijd van achttien jaar, ook al worden ze pas later meerderjarig. In bepaalde situaties verblijft het kind in een Staat die het toelaat om zelf voor zijn onderhoud in te staan, bv. via een veralgemeend recht om te werken vanaf achttien jaar (ongeacht de minderjarigheid naar personeel recht van een kind met buitenlandse nationaliteit). In dat geval kan worden geopperd dat het kind niet langer ten laste is en dat daarom toepassing kan worden gemaakt van het Belgische gezinsconcept, met aanname van zelfstandigheid vanaf de leeftijd van achttien jaar.

Verblijft het kind evenwel in een Staat die eveneens de meerderjarigheid bepaalt op een latere leeftijd en die personen onder die leeftijd niet toelaat om door betaalde arbeid reeds voor zichzelf in te staan, dan sluit de huidige regeling kinderen uit die nog in rechte én in de feiten ten laste zijn van de ouder die ze wensen te vervoegen. Deze uitsluiting is o.i. niet gerechtvaardigd.

Hetzelfde geldt in gevallen waar het kind in theorie wél reeds voor zichzelf kan instaan, maar waarbij concrete omstandigheden rechtvaardigen dat dat

vooralsnog niet het geval is.

Anderzijds laat art. 40 Vreemdelingenwet kinderen van Unieburgers toe om hen te vervoegen tot de leeftijd van 21 jaar, ongeacht of ze nog minderjarig zijn, meer nog: ongeacht of ze nog feitelijk ten laste zijn. Deze ruime toelating kan o.i. worden afgebouwd tot de hierbovengenoemde beoordeling. Het is o.i. aangewezen om elk kind gelijk te behandelen, ongeacht zijn nationaliteit of de nationaliteit van de persoon die het vervoegt. We menen dat op de Lidstaten geen expliciete of impliciete (via een lezing van art. 8 E.V.R.M.) internationaalrechtelijke verplichting rust om kinderen gedurende langere tijd een recht op gezinshereniging te verlenen.

#### *7. Naar een onderlinge afstemming van administratieve en rechterlijke beslissingen omtrent eenzelfde gezinssituatie*

Eenzijds menen we dat een oordeel over de oprechtheid van gezinsleven, behoudens in het kader van de samenwoonstcontrole, slechts kan uitgaan van de burgerlijke rechter. Zolang de erkenbaarheid van een buitenlands huwelijk in België niet gerechtelijk wordt weerlegd, dient de Dienst Vreemdelingenzaken een recht op gezinshereniging te verlenen. Heeft de Dienst twijfels omtrent de geldigheid van het huwelijk, dan dient hij o.i. gerechtelijke stappen te zetten, via contactname met het parket, om een nietigverklaring van het huwelijk te bekomen<sup>4</sup>. Doet hij dat niet, dan kan het recht op gezinshereniging o.i. slechts *a posteriori* worden geweigerd na de binnenkomst, wanneer blijkt dat de samenwoonstvereiste niet wordt nageleefd.

De aangehaalde problemen inzake onderlinge afstemming van burgerrechtelijke en administratieve beslissingen is o.i. grotendeels te wijten aan een gebrekkige informatiedoorstroming tussen de parketten en de Dienst Vreemdelingenzaken. Vaak is de Dienst Vreemdelingenzaken niet op de hoogte van het feit dat in een bepaalde zaak een gerechtelijk dossier bestaat of in behandeling is.

We menen tevens dat best geen verwijderingen worden uitgevoerd alvorens het huwelijk is voltrokken, als het (eerste) bevel om het grondgebied te verlaten pas is afgeleverd na de aangifte van het huwelijk. Hier speelt o.i. de primauteit van de bescherming van oprecht voorgenomen gezinsleven. Eenmaal de huwelijksprocedure door de aangifte is opgestart *in tempore non suspecto*, vertoont de situatie o.i. voldoende *connections* met de Belgische rechtsorde om toe te laten dat ze wordt voortgezet.

Anderzijds dienen de beslissingen van de Dienst Vreemdelingenzaken en van andere administraties (inzake tewerkstelling bv.) op elkaar te worden afgestemd. Tegenstrijdige beoordelingen verhinderen momenteel al te vaak een vlotte

---

<sup>4</sup> Vandaag gebeurt dat slechts uitzonderlijk. De Dienst Vreemdelingenzaken deelde ons mee dat hij rechterlijke uitspraken steeds naleeft, maar dat hij huwelijken waarover (vooralsnog) geen rechterlijke uitspraak is gedaan, zelf vrij beoordeelt.

rechtsbedeling aan vreemdelingen. Soms laat de wet overigens een verschillende beoordeling toe: de arbeidsregeling laat i.t.t. elke andere regeling toe dat de administratie tewerkstelling op eigen initiatief besluit tot een schijnhuwelijk en hiertegen optreedt. De Dienst Vreemdelingenzaken kan dat in beginsel niet.

De Dienst Vreemdelingenzaken werpt dit probleem van onverenigbare beslissingen op de verschillende niveaus zelf reeds op. Er circuleren voorstellen tot oprichting van een dienst die alle beslissingen zou centraliseren en anomalieën tijdig zou kunnen aankaarten.

## RICHTLIJNEN INZAKE FAMILIERECHT

### 8. *Naar een veralgemeende toepassing van de leer van het putatieve huwelijk*

Meerdere rechtsordes kennen de rechtsfiguur van het putatieve huwelijk niet. Dit heeft tot gevolg dat de Belgische rechter bij nietigverklaring van een huwelijk in toepassing van dergelijk recht niet in een tegemoetkoming kan voorzien voor de partner te goeder trouw. We menen nochtans dat dit is aangewezen, te meer daar de Dienst Vreemdelingenzaken zich in de praktijk bereid toont om aan personen aan wie het voordeel wordt verleend, toe te laten dat ook hun inmiddels opgebouwd verblijfsstatuut blijft gelden. Hieruit volgt dat ze binnen de huidige regeling recht op voortgezet verblijf kunnen genieten mits ze de samenwoonstcontrole volledig hebben doorlopen alvorens de nietigverklaring werd uitgesproken<sup>5</sup>. Zonder verlening van het voordeel van een putatief huwelijk vervalt elk huwelijksgevolg retro-actief.

Binnen onze bespreking van polygamie stellen we tevens voor om de echtgenote te goeder trouw waar wenselijk een onderhoudsuitkering toe te kennen. Deze toekenning zou worden gekoppeld aan een toekenning van het voordeel van een putatief huwelijk. Ook deze doelstelling kadert binnen een voorstel om het voordeel van een putatief huwelijk algemeen verleenbaar te maken, ongeacht de bepalingen in dit verband van het recht op grond waarvan de nietigverklaring wordt uitgesproken.

Bepaalde rechters betonen zich vandaag reeds bereid om in dit verband af te wijken van de regel tot aanknoping bij het recht dat de nietigheid bepaalt (i.e. het recht dat het huwelijksbeletsel bepaalt) en Belgisch recht toe te passen op dit gevolg van de nietigverklaring.

---

<sup>5</sup> Binnen ons voorstel tot latere verlening van een recht op zelfstandig verblijf, zou het recht op verblijf slechts voortbestaan als het huwelijk pas na vier jaar verblijf wordt nietigverklaard, behoudens in bijzondere omstandigheden (zie ons voorstel voor een machtiging tot voortgezet verblijf om humanitaire redenen, naar Nederlands voorbeeld).

**9. Naar een veralgemeende toepassing van buitenlandse huwelijksbeletselen die niet bestaan naar Belgisch recht als verbiedend beletsel, indien het huwelijk dat is aangegaan in overtreding ervan onze openbare orde niet verstoort**

Uit *favor matrimonii* stellen we voor dat een huwelijk dat reeds is aangegaan en onze openbare orde niet schendt, in België zou kunnen worden erkend, ook al is een buitenlandse grondvereiste overtreden<sup>6</sup>.

Aangezien het huwelijk in het buitenland is ontstaan, is de internationale harmonie reeds verstoord: het huwelijk wordt in de Staat van huwelijksvoltrekking als geldig beoordeeld, terwijl de *lex patriae* van de betrokkene het huwelijk verbiedt.

We menen dat in dit verband een erkenning van het huwelijk is aangewezen, tenzij duidelijk blijkt dat de huwelijksluiting in het buitenland is ingegeven door fraude, m.n. door de doelstelling om een verbod om te huwen bij huwelijksluiting in België (in toepassing van het buitenlandse beletsel) te ontwijken. Ons voorstel geldt m.a.w. slechts als één van de partners een sterke band heeft met de rechtsorde van de Staat van huwelijksvoltrekking. Het heeft o.m. betrekking op de beoordeling van homohuwelijken.

---

<sup>6</sup> Dit zou in de praktijk reeds behoorlijk algemeen gebeuren volgens G. VAN HECKE en K. LENAERTS (1989), 220 en L. PALSSON (1981), 87. Zie ook een voorstel in die zin van B. AUDIT (2000), 545.

Deel 1. Algemene inleiding

Deel 2. Drie toegangspoorten tot het onderzoek

Deel 3. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners en zijn impact op het gezinsherenigingsrecht

Deel 4. De doorwerking van de I.P.R.-huwelijksvereisten in het geheel van de rechtsorde, t.a.v. de partnerverhouding en de verhouding volwassenen – kinderen. Een illustratie a.h.v. het verbod op polygamie

Deel 5. Algemeen besluit

**Bijlage**

# **Bijlage**

Samenvatting  
Overzichtstabellen

Bibliografie  
Volledige inhoudstafel  
Zaakregister Voorstel van I.P.R.-wetboek en Richtlijnen inzake gezinshereniging

## **SAMENVATTING**

### **HOOFDSTUK 1. DOELSTELLINGEN VAN HET ONDERZOEK**

1. In dit onderzoek gaan we op meerdere wijzen na hoe door rechtspraak aandacht wordt en kan worden opgebracht voor een gelijke behandeling bij de beoordeling van familievormen, zowel binnen het familierecht als binnen het verblijfsrecht. De eerbiediging van het recht op bescherming van het gezinsleven staat hierbij centraal. Deze betrachtingen vormen een eerste onderzoeksniveau.

2. Daarnaast formuleren we voorstellen tot bevordering van de interne en de internationale beslissingsharmonie m.b.t. een aantal aspecten van het familierecht, opdat een erkenning van gezinsleven dat aanvaardbaar is in het licht van de openbare orde zo veel mogelijk zou kunnen worden doorgetrokken naar andere rechtsordes. Deze voorstellen situeren zich op een tweede niveau en vormen een aanvulling op onze voorstellen in het licht van het gelijkheidsbeginsel en van de bescherming van het gezinsleven.

#### **A. RECHTVAARDIGING VAN HET NIET-SYSTEMATISCHE KARAKTER VAN DE GELIJKHEIDSTOETS**

##### **A.1. GELIJKE BEHANDELING MET OOG VOOR HET BELANG VAN EEN CASUÏSTIEKE BENADERING**

3. De zoektocht naar gelijke behandeling vormt een rode draad doorheen het onderzoek. Niet alleen de methode van het onderzoek (het onderzoek gaat uit van een functionele rechtspraak- en rechtsleeranalyse en bouwt daarop voort om tot voorstellen te komen), maar tevens de aard van het gelijkheidsbeginsel verlenen een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel een sterk casuïstiek karakter. Elke situatie moet op zijn vergelijkbaarheid met andere situaties, en vervolgens op de rechtvaardiging van een ongelijke behandeling worden getoetst.

4. De bestudeerde materie, het vreemdelingenrecht, versterkt overigens het casuïstieke karakter van de benadering. Een beslissing in één bepaald rechtsdomein heeft een verregaande doorwerking in andere rechtstakken. Weliswaar wordt *elke* situatie beoordeeld in het licht van het geheel van haar maatschappelijke implicaties. Ook voor Belgen heeft het al dan niet erkennen van een huwelijk bv. tevens sociaal- en fiscaalrechtelijke gevolgen. Deze implicaties worden evenwel om minstens twee redenen uitvergroot t.a.v. vreemdelingen.

Enerzijds lopen vreemdelingen een groter risico op uitsluiting. De kwalificatieoefening verloopt m.n. beduidend moeilijker bij buitenlandse rechtsverhoudingen. Gezien de onderlinge verschillen tussen de familierechtsstelsels kan een buitenlandse familieband niet steeds via analogie- of adaptatiedenken eenzelfde plaats krijgen in ons rechtsbestel als in de rechtsorde van het land van herkomst. Soms is dat ook niet wenselijk (zie bv. ons beleid t.a.v. polygamie).

De eigenheid en moeilijke kwalificeerbaarheid van situaties wijst uit dat best geval per geval met voldoende oog voor de concrete omstandigheden wordt geoordeeld.

Niettemin is een abstract oplossingsmodel aangewezen met het oog op rechtszekerheid.

Anderzijds speelt t.a.v. vreemdelingen, en enkel t.a.v. hen, een doorwerking die allesbepalend is voor de mogelijkheid om het feitelijke familieleven voort te kunnen zetten: de doorwerking van een familierechtelijke beslissing in het verblijfsrecht.

## **A.2. HET NIET-SYSTEMATISCHE KARAKTER VAN DE GELIJKHEIDSTOETS**

5. Hierdoor is het haast onbegonnen werk om in een onderzoek naar de facetten van het familieleven a.h.v. een concretere centrale doelstelling te werken dan de doelstelling om te streven naar een rechtvaardige oplossing in elk concreet geval. Voor een specifiekere rode draad zijn abstracte denkpatronen nodig. In elke concrete situatie gebeurt o.i. evenwel best een afweging van de concrete omstandigheden en belangen. Deze kunnen mogelijk een afwijking en aanpassing van de abstracte regel rechtvaardigen.

6. Een gelijkheidstoets laat wél toe, meer nog, noodzaakt, om enkele abstracte richtlijnen uit te werken. Dat hebben we in de tweede toegangspoort gedaan met ons voorstel voor een gewijzigd aanknopingscriterium. We hebben in de loop van het onderzoek overwegend vastgehouden aan dit voorstel. In bepaalde situaties hebben we evenwel kleine afwijkingen gesuggereerd. Geen enkele aanknopingstechniek is vrij van commentaar. We verkiezen de door ons voorgestelde techniek om aan te knopen bij het recht van de Staat waar men op stabiele wijze verblijft, evenwel veruit boven de huidige verwijzing naar de *lex patriae* inzake huwelijk en buitenhuwelijkse tweerelatie en tevens boven andere circulerende aanknopingsvoorstellen.

## **A.3. NAAR EEN BETERE BESCHERMING VAN OPRECHT, GEOORLOOFD GEZINSLEVEN**

7. Nu eens brengen we in het onderzoek begrip op voor de situatie van de vreemdeling en nodigen we de administratie en rechterlijke macht uit om zich in sommige omstandigheden soepeler op te stellen. Dan weer menen we dat aan de vreemdeling meer beperkingen of vereisten kunnen worden opgelegd en dat

ze soms zélf hun verantwoordelijkheid moeten opnemen voor hinkende rechtsposities.

We illustreren beide oriëntaties a.h.v. enkele voorbeelden.

We hebben voorgesteld om een huwelijksvoltrekking toe te staan zodra de huwelijksaangifte is gebeurd en alle wettelijke huwelijksvereisten zijn vervuld. Een uitwijzing wegens illegaal verblijf wordt vanaf dan o.i. uit billijkheid best uitgesteld. Het recht om te huwen dient te primeren. De huwelijkswet koppelt geen vereiste van wettig verblijf aan het recht om in België te huwen.

We hebben voorstellen geformuleerd opdat eenieder in de mogelijkheid zou worden gesteld om de voor de huwelijksaangifte vereiste akten voort te leggen. Deze vereisten kunnen gerechtvaardigd zijn met het oog op het bekomen van nodige informatie. Wél dient verholpen worden aan het probleem dat ze soms moeilijk verkrijgbaar zijn. Dit kan gebeuren door middel van meer soepelheid m.b.t. de verkrijgingsprocedure of door een ruimere vervangbaarheid van de documenten.

Tegenover dit en andere voorstellen tot meer soepelheid stellen we o.m. dat versoepelde procedures de betrouwbaarheid van gegevens met juridische waarde niet mogen aantasten. Wat het verblijfsrecht betreft, wordt de strijd tegen schijnhuwelijken best aangesterkt door vreemdelingen pas na verloop van langere tijd een zelfstandig recht op verblijf te verlenen.

We verwijzen tevens terug naar onze voorstellen voor wat betreft de familierechtelijke en de verblijfsrechtelijke omgang met polygamie.

**8.** Er is m.a.w. een aanhoudende wisselwerking mogelijk tussen familierecht en verblijfsrecht. Het is aangewezen om beide rechtstakken beter op elkaar af te stemmen. Hierdoor kan een dubbele doelstelling worden bereikt: bestaand geoorloofd gezinsleven beter beschermen en ongeoorloofd en/of onoprecht gezinsleven efficiënter bestrijden.

**9.** Deze dubbele doelstelling verklaart waarom we nu eens soepel optreden, en dan weer voorstellen dat de huidige regeling zou worden verstrengd.

Samengevat menen we dat alle oprecht gezinsleven dat de openbare orde niet stuit, bescherming verdient. Meer nog, inzake partnerrelaties menen we dat een intentie om gezinsleven op te bouwen steeds een kans op realisatie moet worden verleend, mits deze realisatie verenigbaar is met onze openbare orde (i.t.t. bv. polygame gezinsrelaties). In dat licht stellen we voor om de preventieve controles op schijnhuwelijken en buitenhuwelijkse schijnrelaties op te heffen, nu die hoedanook zelden toelaten om tot veinzing te besluiten. Daartegenover plaatsen we evenwel het belang van een langdurigere samenwoningcontrole na gezinshereniging en van een verlengde wachttermijn voor de verwerving van een zelfstandig verblijfsrecht. Oprecht, maar dan ook enkel oprecht gezinsleven



verdient bescherming<sup>1</sup>.

## **B. EEN EERSTE BEOORDELINGSCRITERIUM IN HET LICHT VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL: DE EERBIEDIGING VAN ALLE FEITELIJKE GEZINSLEVEN, DOOR EEN JURIDISCH CORRECTE INPASSING IN BELGISCH FAMILIERECHT**

10. Ons belangrijkste besluit is dat het is aangewezen om in het familierecht en het gezinsherenigingsrecht een zelfde gezinsconcept te hanteren.

11. Hiermee bedoelen we niet dat alle gezinsleven recht moet verlenen op gezinshereniging. Het huidige onderscheid tussen categorieën van vreemdelingen die onder bepaalde voorwaarden recht op gezinshereniging kunnen laten gelden en zij die hoogstens een machtiging daartoe kunnen verkrijgen, kan best worden gehandhaafd.

Is er geen sprake van een naaste juridische familieband, dan is het m.n. aangewezen om te blijven vereisen dat de betrokkenen het bestaan van een sterke feitelijke gezinsband bewijzen. Het verschil tussen het recht en de machtiging tot gezinshereniging<sup>2</sup> is gelegen in het al dan niet gelden van een weerlegbaar vermoeden van feitelijk gezinsleven.

12. O.i. kan een buitenlandse rechtsfiguur best via een stapsgewijze benadering een beoordeling krijgen in het licht van het Belgische gezinsherenigingsrecht. Vooreerst dient er in het familierecht een juridisch verantwoorde kwalificatie aan te worden verleend. Deze kwalificatie laat vervolgens toe om na te gaan of de rechtsfiguur verenigbaar is met de B.I.P.O.O. Is dat geval, dan is het aangewezen om ze in te passen in een Belgisch gezinsconcept, eventueel bij analogieredeneren. Het gezinsconcept waarvoor wordt geopteerd bepaalt vervolgens of de betrokkene een recht op gezinshereniging kan laten gelden of integendeel slechts uitzonderlijk in aanmerking zal komen voor een machtiging tot gezinshereniging. Naargelang bv. een buitenlandse pleegvorm al dan niet kan worden geadapteerd aan volle adoptie, zal er al dan niet een recht op gezinshereniging uit voortvloeien<sup>3</sup>. Naargelang de grondvereisten voor een huwelijk al dan niet zijn toegepast en hun naleving al dan niet doorslaggevend is

<sup>1</sup> Voor meer informatie over onze concrete voorstellen: cf. *supra*, deel 5 (Besluit), hoofdstuk 2 (negen richtlijnen voor het beleid).

<sup>2</sup> Om *recht* te hebben volstaat het dat de betrokkene voldoet aan de wettelijke voorwaarden tot gezinshereniging. Doet hij dat niet, dan is alsnog een individuele *machtiging* door de Dienst Vreemdelingenzaken mogelijk. Tot dergelijke machtiging wordt *discretionair* besloten. *In casu* verleent o.m. een huwelijk *recht* op gezinshereniging (mits tevens aan enkele bijkomende voorwaarden is voldaan). Gezinsleven wordt vermoed. De controle hiervan wordt beperkt tot een samenwoonstcontrole vanaf de binnenkomst. Ander gezinsleven, bv. een buitenhuwelijkse tweerelatie, wordt vooraf reeds aan een grondigere controle onderworpen.

<sup>3</sup> We hebben deze onderzoekspiste niet nader uitgewerkt. Ons onderzoek behandelt slechts de relatie tussen partners, niet deze tussen volwassenen en kinderen.

om een huwelijk te erkennen, zal een huwelijk dat in het buitenland is aangegaan door een persoon die wettig verblijf houdt in België al dan niet recht verlenen op gezinshereniging in België

**13.** Met de doelstelling om gezinsleven dat onze openbare orde niet stoort te beschermen hebben we systematisch willen nagaan hoe elke grondvereiste voor het huwelijk in België wordt toegepast.

Weigert de Belgische rechter of ambtenaar om een soepele buitenlandse bepaling toe te passen, dan stelt hij een beperking op het recht om te huwen van de betrokken vreemdeling. Het argument van de openbare orde kan de buitentoepassingverklaring van een buitenlandse bepaling evenwel rechtvaardigen.

Het is denkbaar dat bepaalde beginselen die aan een buitentoepassingverklaring van buitenlands recht ten grondslag liggen pas sinds kort in het Belgische familierecht worden toegepast. Worden ze evenwel geacht van openbare orde te zijn, zoals bv. het gelijkheidsbeginsel, het belang van het kind, het recht van verdediging, dan dienen ze systematisch te worden toegepast.

## **C. EEN TWEEDE BEOORDELINGSCRITERIUM IN HET LICHT VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL: HET AANKNOPINGSMECHANISME**

### **C.1. ONS GLOBALE AANKNOPINGSVOORSTEL**

**14.** Een tweede beoordelingscriterium heeft geen betrekking op de vraag of de inhoud van een buitenlandse wet in België kan worden toegepast, maar op een vraag die daaraan voorafgaat, m.n. de vraag of de persoon die de toepassing van die wet inroept, daartoe een rechtsgrond kan inroepen.

Dit is de vraag naar het aanknopingscriterium. Sinds meerdere jaren wordt door een meerderheid van de auteurs geargumenteed dat de huidige nationaliteitsaanknopning achterhaald is.

We staan bij deze discussie stil in de tweede toegangspoort. Het voorliggende wetsvoorstel voor een I.P.R.-wetboek beoogt de nationaliteitsaanknoping te behouden voor de vragen die voorafgaan aan de huwelijkssluiting en aan de sluiting van een buitenhuwelijks samenwonersstatuut.

We werken in de tweede toegangspoort een argumentering uit om voor wijzen van gezinsvorming tussen partners in beginsel aan te knopen bij de Belgische wet zodra de betrokkene<sup>4</sup> op stabiele wijze verblijf houdt in België.

---

<sup>4</sup> Gezien de distributieve toepassing van vele vereisten wordt de aanknoping voor elke partij afzonderlijk bepaald.

Ons voorstel is dat aan die voorwaarde is voldaan zodra de betrokkene voldoet aan één van de voorwaarden tot verwerving van de Belgische nationaliteit of aan de voorwaarden tot vestiging die gelden voor een derdelander<sup>5</sup>.

Personen die nog geen stabiel verblijf hebben in België, zouden zolang hun personeel statuut geregeld zien door hun *lex patriae* of door de wet van hun vroegere stabiele verblijfplaats, indien dit voorheen reeds het geval was. Werd voorheen een andere wet toegepast<sup>6</sup>, dan zouden we de vreemdeling een eenmalige keuze laten tussen een aanknoping bij zijn *lex patriae* of bij de wet van zijn vroegere stabiele verblijfplaats<sup>7</sup>. Die keuze zou worden bepaald bij het eerste contact met de ambtenaar van de burgerlijke stand of met een rechter in een familierechtelijke aangelegenheid. De eenmalige en niet wijzigbare keuze kan worden vermeld in de marge van de inschrijving van de vreemdeling in het vreemdelingenregister. Ze zou gelden zolang de betrokkene niet op stabiele wijze in België verblijft. Vanaf dat ogenblik zou Belgisch recht op hem van toepassing worden.

Een erkende vluchteling of staatloze zou vanaf zijn erkenning Belgisch recht toegepast zien op zijn personeel statuut, zoals vandaag reeds het geval is. Hij kan immers door de ontstentenis van een recht op verblijf in enige andere Staat (haast) uitsluitend een beroep doen op Belgische instanties. Hij heeft bijgevolg voordeel bij het vermoeden reeds vanaf zijn erkenning een overwegende band te hebben met de Belgische rechtsorde.

## **C.2. TOETSING VAN ONS AANKNOPINGSVOORSTEL AAN DE VERSCHILLENDE WIJZEN VAN GEZINSVORMING: VOORSTEL VOOR EEN OVERWEGENDE TOEPASSING, MET ENKELE AFWIJKINGEN**

15. Doorheen het onderzoek gaan we na in hoeverre een toepassing van het door ons voorgestelde aanknopingscriterium in het kader van gezinsvorming zich inderdaad laat verantwoorden door onze doelstelling van gelijke behandeling bij de bescherming van het gezinsleven en ook van interne en internationale beslissingsharmonie m.b.t. de erkenning van gezinsleven, opdat het in meerdere rechtsordes gelijk zou worden behandeld.

---

<sup>5</sup> Ook een E.E.R.-onderdaan en zijn familieleden zouden in ons voorstel slechts geacht worden een stabiele verblijfspositie te hebben op grond van toegang tot de vestiging, mits ze aan de gemeenrechtelijke regeling daarvoor voldoen. Het recht op vrij verkeer of op gezinshereniging bij een persoon die gebruik maakt van zijn recht op vrij verkeer verleent hen van bij hun inschrijving recht op vestiging. Dit recht steunt evenwel rechtstreeks op het recht op vrij verkeer van een E.E.R.-onderdaan. We menen dat een onmiddellijke verplichte aanknoping bij Belgisch familierecht het recht op vrij verkeer zou aantasten, aangezien ze de betrokkenen zou verplichten om sneller te conformeren aan Belgisch recht dan een andere vreemdeling, terwijl hun verblijfsintenties niet noodzakelijk verder strekken.

<sup>6</sup> Die beschouwen wij in het licht van ons aanknopingsvoorstel niet als een wet waarmee de betrokkene een overtuigende band had. Cf. deel 2B: de *lex domicilii* vormt o.i. bij kort verblijf geen aangewezen aanknoping.

<sup>7</sup> Daartoe zouden we dezelfde criteria hanteren als deze die we voorstellen om te bepalen of een vreemdeling al dan niet een stabiele verblijfplaats heeft in België.

16. We komen tot de conclusie dat het door ons voorgestelde aanknopingsmechanisme het gelijkheidsbeginsel dient, aangezien het erop is gericht om aan te knopen bij de wet van de Staat waarmee de betrokkene de nauwste band heeft.

17. Met het oog op internationale beslissingsharmonie is het evenwel niet steeds aangewezen om de door ons voorgestelde aanknopingsstechniek te hanteren. Bepaalde omstandigheden waarvoor we een afwijking van ons aanknopingsvoorstel suggereren, kennen vandaag reeds een aanknopingsregeling die afwijkt van de huidige globale aanknopingswijze bij het nationaliteitsbeginsel.

We menen o.m. dat het voor de erkenning van buitenhuwelijkse tweerelaties met wettig statuut is aangewezen om aan te knopen bij de *lex loci*. De reden voor deze afwijking van het globale aanknopingsvoorstel (dat wél wordt gehandhaafd voor het aangaan in België van een samenwonersstatuut) is gelegen in de grote verscheidenheid in samenwonersstatuten. Blijven we vasthouden aan de huidige aanknopingswijze bij de *lex patriae* of passen we ons globaal aanknopingsvoorstel onverkort toe, dan is een juridisering van gemengde partnerrelaties haast uitgesloten, aangezien weinig partnerrelaties onderling vergelijkbaar zijn. De onderscheiden wetten voorzien vooralsnog, voor zover ze reeds een I.P.R.-regeling hebben, niet in een (wederzijdse) assimilatie met bepaalde buitenlandse samenwonersstatuten. Slechts dergelijke assimilatiebepalingen maken gemengde partnerrelaties mogelijk. We wijken m.a.w. uit *favor relationis* af van ons aanknopingsvoorstel, aangezien slechts op die wijze rechtsgevolgen kunnen worden verbonden aan nationaliteitsgemengde buitenhuwelijkse partnerrelaties.

18. Daarbuiten wijken we slechts uitzonderlijk af van ons aanknopingscriterium.

Enkele afwijkingen betreffen een afzwakking van de werking van bepaalde buitenlandse nietigheidsgrounden. We menen dat het is aangewezen om gezinsrelaties die zijn ontstaan in overtreding van de in beginsel toepasselijke buitenlandse wet, maar waarbij die overtreding onze openbare orde inhoudelijk niet raakt (omdat het naar Belgisch recht ongekennde en niet cruciaal geachte beletselen betreft), te erkennen. We formuleren dit voorstel met de bedoeling om voor rechtsverhoudingen die reeds tot stand zijn gekomen en in de feiten ook effectief aan een gezinsleven beantwoorden de internationale beslissingsharmonie te bevorderen. Weliswaar is de buitenlandse wet overtreden. De betrokkenen geven evenwel, door het aangaan van hun gezinsverhouding in een andere Staat dan hun vaderland en door hun verblijf in België, ook al is dat nog niet stabiel, blijk van hun overwegende band met rechtsordes die toelaten dat de gezinsband ontstaat in de gegeven omstandigheden. Schendt die band onze openbare orde niet, dan is het o.i. aangewezen om ze te erkennen.

Een overtreding van de buitenlandse wet wordt hiermee niet *a priori* toegestaan: ons voorstel bestaat erin het beletsel te blijven toepassen op het ogenblik van de huwelijksvoltrekking, als een verbiedend beletsel. Eenmaal een huwelijk is aangegaan in overtreding ervan, zou het beletsel evenwel door de vingers worden gezien, door het niet toe te passen als nietigheidsgrond.

We stellen dergelijke herkwalficatie voor m.b.t. bepaalde buitenlandse huwelijksbeletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht<sup>8</sup>, verwantschapsbeletselen naar buitenlands recht die strenger zijn dan de Belgische verwantschapsbeletselen en bepaalde vormvereisten voor het huwelijk.

**19.** M.b.t. de leeftijdsvereiste stellen we voor om de nietigheidssanctie die wordt verbonden aan een overtreding algemeen te beperken in die zin dat de nietigheid – behalve bij kinderhuwelijk<sup>9</sup> – steeds zou worden gedekt vanaf de leeftijd van 18 ½ jaar, ook als het in beginsel toepasselijke buitenlandse recht een strengere sanctie bepaalt. Hiermee zou op eenieder de Belgische regeling worden toegepast. We menen dat dit is aangewezen, nu op die leeftijd niet langer twijfel kan bestaan omtrent de bekwaamheid<sup>10</sup> om een volwaardige huwelijks toestemming te verlenen.

De Dienst Vreemdelingen zaken laat vreemdelingen alvast onder de genoemde omstandigheden toe tot de gezinshereniging.

**20.** In dezelfde zin menen we ook dat de nietigheid van een schijnhuwelijk kan worden gedekt door ononderbroken samenwoning vanaf een termijn die lang genoeg is om tot de aanname van bezit van staat te leiden. De aanvankelijke overtreding, die is gelegen in de huwelijksintentie, wordt weliswaar niet daadwerkelijk hersteld door de latere ononderbroken samenwoning. Hetzelfde geldt evenwel m.b.t. andere wilsgebreken, zoals dwang en dwaling, die binnen de huidige regeling reeds worden gedekt door zes maand samenwoning na bevrijding van de dwang of ontdekking van de dwaling. Kan een nietigheid op deze gronden worden gedekt, dan is het o.i. aangewezen om dit eveneens mogelijk te maken bij nietigheid wegens schijnhuwelijk.

**21.** Wordt een nietigverklaring uitgesproken in toepassing van buitenlands recht, dan is het naar Belgisch recht mogelijk om bij bewijs van goede trouw het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen. We beogen deze mogelijkheid t.v.v. de partner te goeder trouw in beginsel uit te breiden naar alle nietigverklaringen die in België worden uitgesproken, ongeacht of dat gebeurt in

---

<sup>8</sup> Voor zover die buitenlandse beletselen niet *a priori* stuiten op de exceptie van openbare orde (bv. de vereiste in bepaalde rechtsordes van een overheidsinstemming met het huwelijk, het verbod om te huwen met de moordenaar van zijn partner, het verbod voor personen van een bepaalde rang of status om te huwen, een huwelijksverbod voor ernstig zieken e.a.).

<sup>9</sup> Een huwelijk aangegaan onder de leeftijd van vijftien jaar.

<sup>10</sup> Andere wilsgebreken kunnen dan nog steeds worden aangekaart, zolang de betrokkenen niet zes maanden zijn blijven samenwonen na herwinning van hun vrijheid of ontdekking van hun dwaling: art. 181 B.W.

toepassing van de Belgische of van een buitenlandse wet.

Binnen de huidige regeling bepaalt het recht op grond waarvan de nietigverklaring wordt uitgesproken of het mogelijk is om (één van) de partners het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen. We suggereren een afwijking van deze regel, met het oog op de gelijke behandeling van personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, m.n. een situatie van goede trouw<sup>11</sup> die moet kunnen toelaten om verworven rechtssituaties te laten voortbestaan.

**22.** Daarnaast stellen we voor dat een dispensatie van de huwelijksvereiste of een rechterlijke machtiging om te huwen die een ontbrekende ouderlijke instemming vervangt in België voortaan zou worden toegestaan onder de voorwaarden die de Belgische familiewet daartoe bepaalt, ook als de toepasselijke buitenlandse wet hier niet in voorziet. Het belang van het kind verantwoordt o.i. dat de rechter steeds de mogelijkheid zou worden gelaten om te oordelen dat een vervroegde mogelijkheid om te huwen is aangewezen.

**23.** De hierboven genoemde voorstellen tot soepele omgang met bepaalde huwelijksvereisten hebben betrekking op de situatie van een vreemdeling die (nog) geen stabiele verblijfspositie in België heeft.

**24.** Verblijft een vreemdeling wél op stabiele wijze in België, dan menen we dat streng kan worden vastgehouden aan de aanknoping bij Belgisch recht. Zo ook menen we dat, in de lijn van de huidige rechtspraak, huwelijksluitingen in het buitenland die zijn ingegeven door een frauduleus oogmerk moeten worden bestreden<sup>12</sup>. Een ontwijking van Belgische grondvereisten kan niet door de vingers worden gezien. Aangezien in ons voorstel wordt afgestapt van de automatische aanknoping bij het nationale recht, zou het vermoeden van fraude spelen zodra iemand die een stabiel verblijf in België heeft toch nog voordelen zoekt te halen uit bepalingen van zijn *lex patriae* inzake personeel statuut. In het licht van deze opvatting menen we dat o.m. strenger kan worden opgetreden indien een vreemdeling met stabiel verblijf verzoekt om zijn postuum huwelijk, dat hij in het buitenland is aangegaan, in België te erkennen (*cf. infra*, randnrs 39 en 67-68).

<sup>11</sup> T.b.v. kinderen zou eveneens algemeen goede trouw worden vermoed. In die zin vandaag reeds voor het Belgische recht: art. 202 B.W.

<sup>12</sup> Zie bv. TGI Versailles 31 maart 1965, *JDI* 1966, 101: een echtscheiding op grond van grove belediging werd toegewezen aan de eerste Algerijnse echtgenote die met haar Algerijnse echtgenoot was gehuwd op een ogenblik waarop beiden reeds lange tijd in Frankrijk verbleven. Het feit dat de man voor zijn tweede huwelijk tijdelijk naar Algerije terug was gekeerd, bracht de rechter er tevens toe te besluiten tot *fraude à la loi*. Het gekende pleidooi om een doorslaggevende rol toe te kennen aan de verblijfspositie van de betrokkenen, vnl. dan m.b.t. de eerste echtgenote, vinden we terug bij o.m. M.C. FOLETS, "Un droit pour ou par ses destinataires? Les complexités du rattachement juridique de l'alliance matrimoniale entre partenaires immigrés", in M.C. FOLETS (ed.), *Familles - Islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 143; M.C. FOLETS, "Recht en migranten, fricties tussen gelijkheid en verscheidenheid", in K. DEFEYTER, K., M.C. FOLETS en B. HUBEAU (ed.), *Migratie- en migrantenrecht*, Antwerpen, 1995, 32-34.

## **HOOFDSTUK 2. KORTE SAMENVATTING VAN DE ONDERZOEKSRESULTATEN**

### **A. DRIE TOEGANGSPOORTEN TOT HET ONDERZOEK (DEEL 2)**

**25.** In deel 2 openen we drie toegangspoorten tot het onderzoek.

**26.** De eerste toegangspoort informeert over de stand van zaken inzake de bescherming van het gezinsleven op internationaal en op federaal niveau. Twee relatievormen, m.n. de buitenhuwelijkse tweerelatie en de pleegrelatie, worden nader toegelicht en geplaatst t.o.v. hun bescherming in het licht van art. 8 E.V.R.M. De bedenkingen die ter zake in de eerste toegangspoort zijn geformuleerd, dienen als uitgangspunt voor de systematische behandeling van beide relatievormen in het vervolg van het onderzoek.

**27.** In de tweede toegangspoort wordt, zoals gezegd, de huidige aanknopingsleer onderzocht en wordt een nieuw aanknopingsvoorstel uitgewerkt.

We staan tevens stil bij enkele I.P.R.-correctiemechanismen die toelaten om buitenlandse familierechtsfiguren in te passen in Belgisch familierecht en aldus buitenlandse wijzen van gezinsvorming een juridische bescherming te verlenen.

**28.** In de derde toegangspoort staan we stil bij verscheidene vormen van ongelijke behandeling binnen de regeling van de gezinshereniging (de voorwaarde van geldige binnenkomstdocumenten, de bestaansmiddelenvereiste, de huisvestingseis, de categorieën van gerechtigde gezinsleden).

In het verdere onderzoek beperken we onze zorg om feitelijk gezinsleven optimaal beschermd te zien in het gezinsherenigingsrecht tot de vraag welke gezinsvormen onder welke voorwaarden moeten worden beschermd. Met dat oogmerk zullen we de behandeling van buitenlandse gezinsconcepten in de rechtspraak en in de praktijk van de Dienst Vreemdelingenzaken toetsen aan de huidige bescherming van gezinsconcepten die bekend zijn in het Belgische recht. Voor het familierecht werken we criteria uit voor een inpassing van buitenlandse gezinsvormen in Belgisch familierecht, met het oog op een gelijke behandeling van vergelijkbare situaties. Deze criteria beogen we ook in het gezinsherenigingsrecht te hanteren, opdat vergelijkbare gezinsvormen ook binnen het verblijfsrecht een gelijke bescherming zouden genieten.

**29.** Het gaat er ons daarbij niet om van aan elk feitelijk gezinsleven een recht op gezinshereniging te verbinden.

Het gelijkheidsdenken is gericht op het betrachten van rechtvaardige

oplossingen. De proportionaliteitsafweging laat de Verdragsstaten bij het E.V.R.M. daarbij een zekere marge. Deze marge laat toe dat niet steeds wordt gestreefd naar de meest rechtvaardige oplossing voor een welbepaalde persoon. Ze is er immers op gericht om dat streven in relatie te stellen tot een ander streven, bv. het streven van de overheid naar een beheersing van de migratiestroom of naar het voorkomen van misbruik van het familierecht met het oog op verblijf.

Zin voor realisme dwingt ons ertoe om rekening te houden met het genoemde algemene belang, dat mogelijk onverenigbaar is met het individuele belang van de particuliere vreemdeling. De proportionaliteitstoets staat evenwel slechts een *redelijke* afweging toe. Het is bv. de vraag of de preventieve controle in de aanpak van schijnhuwelijken gerechtvaardigd is, nu hij weinig waarborgen biedt voor een correcte beoordeling<sup>13</sup> en overigens een grote investering vergt. We menen dat een afzwakking van de preventieve controle is aangewezen en dat daartegenover een verstrenging van de samenwoningcontrole kan worden gesteld.

**30.** Binnen zijn restrictief migratiebeleid heeft de wetgever – hiertoe internationaalrechtelijk gehouden – ruimte gecreëerd voor een bescherming van oprecht gezinsleven. Hij heeft bepaald onder welke voorwaarden en voor welke gezinsvormen een recht op gezinshereniging ontstaat.

**31.** Voor gezinssituaties die vandaag reeds relatief vlot tot een machtiging tot het verblijf leiden, suggereren we de uitwerking van een wettelijke regeling tot gebonden machtiging. De individuele beslissing van de Dienst Vreemdelingenzaken zou hierdoor niet langer discretionair zijn, maar zou afhangen van de vervulling van bij wet bepaalde voorwaarden. Dergelijke regeling zou meer rechtszekerheid bieden aan de vreemdeling, aangezien deze duidelijk zou weten onder welke voorwaarden hem toegang tot het verblijf zal worden verstrekt.

Vandaag gaan alvast vanuit vele hoeken stemmen op voor een wettelijke regeling tot gebonden machtiging voor ongehuwd samenwonenden. Ons voorstel sluit hierbij aan<sup>14</sup> en verruimt deze idee tot andere gezinsvormen.

**32.** In de derde toegangspoort leggen we de basis voor het zopas genoemde luik gezinsherenigingsrecht dat doorheen het hele onderzoek per hoofdstuk en/of deel wordt uitgewerkt per gezinsvorm.

We behandelden er algemene aspecten van het recht op gezinshereniging die

---

<sup>13</sup> In die zin ook B. DE HART (2003).

<sup>14</sup> We werkten zelf een voorstel tot gebonden machtiging voor samenwonenden uit in het voorstel tot wijziging van de Vreemdelingenwet, opgesteld door STUDIEGROEP DUURZAME VERBLIJFSSTATUTEN, *Naar een modernisering van de verblijfsstatuten voor vreemdelingen, voorstellen tot wetswijziging*, Brussel, 2002, [www.wet80.be](http://www.wet80.be), 20 en 40-43.



hierdoor in het verdere onderzoek niet meer aan bod hoeven te komen. We stonden o.m. stil bij de huidige ongelijke behandeling op grond van nationaliteit en de vraag naar de rechtvaardiging ervan.

Ook formuleerden we bedenkingen bij enkele bijkomende vereisten zoals de vereiste om geldige binnenkomstdocumenten voor te leggen en de vereiste om over voldoende bestaansmiddelen en een geschikte huisvesting te beschikken, en signaleerden we opnieuw vormen van ongelijke behandeling daarbij.

Een samenvoeging van de conclusies van het onderzoek met de conclusies van deze derde toegangspoort, is vereist om ook de *concrete* bescherming (in de praktijk van de Dienst Vreemdelingenzaken en in de rechtspraak) van het gezinsconcept binnen het gezinsherenigingsrecht te evalueren.

Het volstaat niet om na te gaan of oprecht gezinsleven systematisch aanleiding kan geven tot gezinshereniging. Tevens moeten de andere verblijfsvoorwaarden die de voorwaarde van het bestaan van een feitelijke familieband aanvullen, zoals de bestaansmiddelenvereiste en de huisvestingseis, op hun proportionaliteit worden getoetst.

**33.** De optie van de wetgever bestaat er weliswaar in om de instroom van migranten te beperken. Zoals we reeds stelden, kunnen aan het mensenrecht op bescherming van het gezinsleven evenwel slechts objectieve en gerechtvaardigde beperkingen worden gesteld. We menen dat het recht op gezinshereniging slechts op gepaste wijze wordt beschermd als geen bijkomende vereisten worden gesteld die door de gezinsleden of door de kandidaat-gezinshereniger uiterst moeilijk of niet kunnen worden vervuld.

In dat verband is het aangewezen om de vereiste van geldige binnenkomstdocumenten ook in de hypothese van gezinshereniging bij een derdelander aan een onderzoek te onderwerpen. Het Hof van Justitie oordeelde in juli 2002 dat deze vereiste bij gezinshereniging bij een EU-onderdaan ongeoorloofd is. Het dient te volstaan dat de betrokkene zijn identiteit en zijn familieband bewijst.

We menen dat het is aangewezen om deze redenering door te trekken naar familieleden van derdelanders die een beroep wensen te doen op gezinshereniging.

Het Europese voornemen (via de gezinsherenigingsrichtlijn) om toe te blijven laten dat het recht op gezinshereniging verbonden wordt aan een middelenvereiste<sup>15</sup> is o.i. niet geoorloofd in zoverre ze aan mindervermogenden

---

<sup>15</sup> We geven evenwel aan dat het Voorstel voor Richtlijn inzake gezinshereniging bij een Unieburger hoedanook in dit verband grote vernieuwing beoogt te brengen, door niet langer van de Lidstaten te vereisen dat ze de gezinshereniging bij een economisch niet-actieve Unieburger afhankelijk stellen van het bewijs dat deze beschikt over voldoende bestaansmiddelen. Meer nog, blijven de Lidstaten deze vereiste nog handhaven na de aanname van het voorstel, dan zullen ze nog slechts *a posteriori* kunnen optreden tegen een overtreding ervan: de binnenkomst zal niet

de kans op bescherming van het gezinsleven in België ontzegt. Zodra een vreemdeling persoonlijk aan de voorwaarden tot verblijf voldoet, dient o.i. bij voldoende *connections* met de rechtsorde van het gastland een recht op gezinshereniging te worden verleend aan zijn gezinsleden, los van financiële vereisten, behalve een veralgemeende plicht tot bijdrage naar vermogen in de kosten van het huishouden.

We menen dat het recht op bescherming van oprecht gezinsleven dient te blijven primeren op de doelstelling om een belasting van het eigen bijstandsstelsel ten allen koste te voorkomen.

Een middelenvereiste, evenals overigens een huisvestingseis, laat een mindervermogende slechts toe om zijn familieleden te laten overkomen eenmaal hij voldoende bestaanszekerheid heeft opgebouwd. De wachttijd die hier indirect uit voortvloeit is o.i. onverenigbaar met de bepalingen van het Europees Sociaal Handvest, het I.V.R.K. en het E.V.R.M.

In hun huidige versie laten de huidige Richtlijnen inzake gezinshereniging overigens toe dat de invulling van de middelen- en huisvestingseis verschilt naargelang een beroep wordt gedaan op gezinshereniging bij een E.E.R.-onderdaan of op gezinshereniging bij een derdelander. We menen dat er geen redelijke verantwoording bestaat voor deze ongelijke behandeling van beide hypothesen<sup>16</sup>.

**34.** Tenslotte stonden we stil bij de samenwoonstcontrole. Deze controle vormt o.i. de enige aanvaardbare weigeringsgrond voor gezinshereniging bij een wettige verblijfhouder. Het restrictieve migratiebeleid is onderworpen aan de plicht om oprecht gezinsleven te beschermen. Een wettige verblijfhouder die een overwegende band heeft opgebouwd met de Belgische rechtsorde (*connections approach*), dient o.i. te worden toegestaan om zijn verblijf in België voort te zetten in aanwezigheid van zijn echtgenoot en kinderen.

Onoprecht gezinsleven verdient daarentegen geen bescherming. Meer nog, het dient te worden bestreden opdat er voldoende middelen voorhanden zouden blijven om oprecht gezinsleven voort te blijven beschermen.

Met het oog op een efficiënte controle van de oprechtheid van gezinsrelaties dient vergelijkbaar gezinsleven aan eenzelfde controle te worden onderworpen en dient de controletermijn o.i. aanzienlijk te worden verlengd. De huidige beperking tot de eerste zes maanden van het verblijf bij gezinshereniging bij een EU-onderdaan en tot de eerste twaalf tot vijftien maanden van het verblijf bij gezinshereniging bij een derdelander verleent familieleden te snel een recht op zelfstandig verblijf. Een efficiënt en realistisch gezinsherenigingsbeleid vergt een grotere uitsortering van misbruiksituaties via het verblijfsrecht. Op die manier

---

langer op deze grond geweigerd kunnen worden na verklaring op eed van voldoende bestaansmiddelen.

<sup>16</sup> We wierpen in onze bespreking tevens de vraag op of de middelenvereiste zoals vorm gegeven in de voorgestelde Richtlijn inzake vrij verkeer voor Unieburgers en hun gezinsleden *überhaupt* afdwingbaar zal zijn.

kunnen verblijfhouders en mogelijk ook hun partners worden ontmoedigd om familiebanden aan te gaan met een louter frauduleus oogmerk<sup>17</sup> en zal mogelijk binnen het familierecht met een groter vertrouwen kunnen worden aangekeken tegen relaties die toegang verlenen tot gezinshereniging. We menen dat de problematiek van schijnhuwelijken bij de wortel moet worden aangepakt. Om die reden bepleiten we dat de controle binnen het verblijfsrecht voort moet worden uitgebouwd, in de beginfase van de gezinshereniging, en dat preventieve controles op burgerrechtelijk vlak hoogstens een aanvulling kunnen vormen op een efficiënte repressieve (maar tevens op termijn – gezien het ontradingseffect dat eruit voortvloeit – preventieve) aanpak binnen het verblijfsrecht.

## **B. HET EIGENLIJKE ONDERZOEK (DELEN 3-5): UITKOMSTEN VAN DE GELIJKHEIDSTOETS**

### **B.1. INLEIDING**

**35.** Hieronder geven we een kort overzicht van de uitkomst van de gelijkheidstoetsen die we hebben doorgevoerd. Om het geheel overzichtelijk te houden gaan we vooralsnog niet in op de motivering van onze keuzes. Die vindt u in hoofdstuk 3, bij de concrete onderzoeksresultaten per hoofdstuk.

### **B.2. DE GROND- EN VORMVEREISTEN VOOR HET HUWELIJK**

**36.** De huwelijkssluiting wordt in België geweigerd indien de leeftijd van een kandidaat toelaat om te spreken van een kinderhuwelijk, *i.e.* vóór de leeftijd van vijftien jaar. De strijd tegen kinderhuwelijken is van openbare orde en vormt een gerechtvaardigde grond om het door het I.P.R. aangewezen buitenlands recht buiten toepassing te verklaren.

Uit *favor matrimonii* en tevens met het oog op een gelijke behandeling naar resultaat van personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, hebben we voorgesteld om het verzoek tot dispensatie van de leeftijdsvereiste voor eenieder open te stellen, ook voor zij van wie de personele wet niet in een dispensatieregeling voorziet. Ook menen we dat de nietigheid van een huwelijk op grond van overtreding van de leeftijdsvereiste moet kunnen worden gedekt vanaf het ogenblik waarop beide partners 18 ½ jaar oud zijn, mits het huwelijk niet is aangegaan als kinderhuwelijk.

Beide voorstellen vormen een uitzondering op ons globaal aanknopingsvoorstel.

---

<sup>17</sup> Aangezien ze de schijn aanzienlijk langer zouden moeten ophouden, wat een grote investering vergt. Een langere controletermijn zou de bereidheid van verblijfhouders om onder één hoedje te spelen met een vreemdeling met verblijfsaspiraties vermoedelijk doen afnemen. Ook de vreemdeling zelf zou er mogelijk door worden ontmoedigd. Hij zou gedurende een langere termijn inspanningen moeten leveren om de schijn op te houden en om te voorkomen dat zijn partner bij ontdekking van het bedrog de nietigverklaring van het huwelijk aanvraagt.

We menen evenwel dat dit de draagkracht ervan niet aantast. Bepaalde fundamentele beginselen, zoals het belang van het kind, primeren o.i. nu eenmaal op het belang van een eenvormige aanpak. We menen in meerdere wetgevingen, zo ook in het ontwerp van nieuwe adoptiewet, steun te vinden voor een gevalsgesichte aanpak, daar waar het belang daarvan zich aandient.

**37.** M.b.t. de toestemmingsvereiste beoordeelden we de vereiste in bepaald buitenlands recht dat een meerderjarige een instemming van zijn ouders en/of van een administratieve overheid met het huwelijk voorlegt, als strijdig met het recht om te huwen. Noch het beletsel, noch de nietigheidsgrond die eraan is verbonden, kunnen in België worden toegepast.

**38.** M.b.t. andere elementen die verband houden met de vrije huwelijkstoestemming – de vereiste van een ouderlijke instemming met het huwelijk van een minderjarige, het huwelijk bij volmacht, de beoordeling van huwelijksdwang en dwaling en de strijd tegen schijnhuwelijken – sluiten we aan bij de huidige I.P.R.-aanpak. Deze aanpak is o.i. gerechtvaardigd in het licht van het gelijkheidsbeginsel en van het recht om te huwen.

**39.** De huidige omgang met postume huwelijken, o.m. toegelaten naar Frans recht, die erin bestaat om ze systematisch te erkennen als ze zijn aangegaan in overeenstemming met de *lex loci celebrandi* (wet van de Staat van huwelijksvoltrekking), daarentegen biedt o.i. te weinig garanties met het oog op een geldige huwelijkstoestemming. Aan het recht om te huwen is tevens een recht om niet te huwen verbonden. Als onvoldoende zeker is dat de overledene daadwerkelijk een huwelijk heeft gewenst, dan is het aangewezen om het huwelijk niet te erkennen. Bij nietigverklaring ervan kan tevens best niet het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend, om dezelfde reden: de overledene heeft nooit enige reden gehad om aan te nemen dat een huwelijk was voltrokken. Ofwel wijzen concrete feiten hierop, ofwel doen de verblijfsomstandigheden dat. In het verlengde van ons aanknopingsvoorstel menen we dat een stabiele verblijfspositie in België of een optie<sup>18</sup> voor de toepassing van een familiewet die geen postume huwelijksluiting toelaat op het ogenblik van de huwelijksluiting in hoofde van één van de partners, een doorslaggevende rol kan vervullen bij de beoordeling. In dergelijk geval heeft de overledene o.i., in toepassing van het beginsel *nemo censetur ignorare legem*, nooit enige reden gehad om aan te nemen dat een huwelijk was voltrokken. Een postuum huwelijk zou in de genoemde situaties m.a.w. best niet worden erkend. Deze opvatting sluit aan bij onze algemene aanname van een vermoeden van *fraude à la loi* bij huwelijksluiting in het buitenland door een stabiele verblijfhouder, als het huwelijk wordt aangegaan in een vorm die een efficiënte controle van de grondvereisten om te huwen onvoldoende waarborgt.

**40.** We sluiten ons niet aan bij de huidige rechtspraak waarbij een buitenlands

---

<sup>18</sup> In het kader van de eenmalige optieplicht bij het eerste contact met een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand of rechter in familiale aangelegenheden.

retro-actief huwelijk wordt erkend in België, terwijl de retro-actieve werking op een loutere fictie steunt<sup>19</sup>. Ook de onderschikking van een erkenning aan de voorwaarde dat de betrokkenen reeds samenwoonden op het ogenblik waarop (retro-actief) het bestaan van het huwelijk wordt aangenomen, voldoet o.i. niet.

Retro-actieve huwelijken dreigen een middel te vormen om het verbod van leugenachtige erkenning te omzeilen. Ze laten immers toe dat een loutere fictie een vaderschapsvermoen instelt t.a.v. de huidige echtgenoot. We zullen verderop argumenten aanhalen om de strijd tegen leugenachtige erkenningen aan te binden. Ons hiernavolgende voorstel om de erkenning van retro-actieve huwelijken aan strengere voorwaarden te onderwerpen kadert alvast binnen die betrachting.

O.i. kan in dit verband een weerlegbaar vermoeden gelden: een retro-actief huwelijk wekt het vermoeden dat het huwelijk geldig is voor de periode die de akte vermeld. Bepaalde feiten kunnen dit vermoeden weerleggen. Woonden de betrokkenen bv. reeds samen, maar deden ze dat op grond van een statuut dat weerlegt dat ze samenwoonden als gehuwden (bv. op grond van een verblijfsmachtiging voor buitenhuwelijks samenwonenden), dan is de geldigheid van het retro-actief huwelijk o.i. weerlegd, tot het ogenblik waarop de akte werd opgesteld. Andere situatie: is de retro-activiteit ingegaan op een ogenblik waarop de betrokkene op stabiele wijze in België verbleef, dan houdt de optekening van de retro-activiteit in het buitenland een overtreding in van de Belgische vormvereisten (*fraude à la loi*), aangezien het huwelijk in België zou zijn ontstaan en een vormloos huwelijk naar Belgisch recht niet mogelijk is. Voor zover alsnog de putativiteit van dergelijk nietig vormloos huwelijk en van het retro-actieve huwelijk zou kunnen worden aangenomen, zou de verlening van het voordeel van een putatief huwelijk nog worden ondergeschikt aan een bijkomende vereiste: de vereiste dat de getuigen betrouwbaar zijn, m.a.w. *in casu* dat ze in België verbleven op het ogenblik dat wordt geacteerd als ogenblik waarop het huwelijk is ontstaan.

Door het instellen van een vermoeden van geldigheid, zouden retro-actieve huwelijken systematisch worden erkend tenzij uit bepaalde feiten, of zoals we illustreerden: uit de verblijfssituatie van de betrokkenen, blijkt dat de aanname van een huwelijk voor het verleden op een loutere fictie steunt.

Een weigering om de retro-activiteit te erkennen, belet niet dat de declaratieve akte waarmee de retro-activiteit van het huwelijk werd vastgesteld kan worden geassimileerd met een geldige huwelijksakte. Er kan worden aangenomen dat de betrokkenen op dat ogenblik een geldige huwelijkstoestemming hebben verleend. Het huwelijk kan vanaf de aktering worden erkend mits alle huwelijks-

---

<sup>19</sup> Partners kunnen de rechter verzoeken om een ontbrekende huwelijksakte te vervangen, a.h.v. getuigenissen van een voorafbestaand huwelijk. Er is weliswaar geen huwelijksakte voorhanden voor de periode die de rechterlijke uitspraak voorafgaat. De getuigenissen worden evenwel geacht te volstaan om het bewijs van het huwelijk te leveren.

grondvereisten zijn vervuld, ook al zijn niet alle vormvereisten vervuld. *Favor matrimonii* en de zorg om de internationale beslissingsharmonie zoveel mogelijk te bevorderen, brengen ons ertoe om deze suggestie te formuleren.

**41.** De strijd tegen schijnhuwelijken vormt geen inperking van het recht om te huwen en van het recht op bescherming van het gezinsleven, als er geen sprake is van feitelijk gezinsleven. Deze redenering gaat op voor zover met de juiste middelen wordt gestreden tegen frauduleuze huwelijken en oprechte huwelijken ongemoeid worden gelaten. We menen dat de meest efficiënte techniek om onzekerheid in dit verband weg te werken erin bestaat om binnen het verblijfsrecht zelf de drijfveer voor een schijnhuwelijk aan te pakken. De strijd tegen schijnhuwelijken is hoofdzakelijk gericht op huwelijken met een louter verblijfsoogmerk. Door een verlenging van de samenwoonstcontrole en een verlenging van de wachttermijn om recht op zelfstandig verblijf te verwerven, kan fraude o.i. beter worden ontmoedigd.

**42.** M.b.t. buitenlandse verwantschapsbeletselen die strenger zijn dan de Belgische verwantschapsbeletselen en m.b.t. andere buitenlandse beletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht hebben we voorgesteld om ze toe te passen als verbiedend beletsel, ook al voorziet het buitenlandse recht in een nietigverklaring van het huwelijk dat is aangegaan in overtreding ervan. We beogen hiermee, zoals we reeds aangaven, om elk gevormd juridisch gezinsleven te beschermen voor zover het voortbestaan ervan niet strijdig is met onze openbare orde. We beogen m.a.w. af te wijken van de aanknopingsregel, met de doelstelling om personen in een gelijkaardige situatie gelijk te behandelen.

**43.** Bij gebrek aan rechtspraak m.b.t. soepelere verwantschapsbeletselen naar buitenlands recht, oordeelden we dat het is aangewezen om niettemin aan te knopen bij een Belgisch verwantschapsbeletsel als daar naar Belgisch recht geen dispensatie van mogelijk is. We sluiten met dit voorstel aan bij de huidige Franse meerderheidsrechtsleer die de Franse huwelijksvereisten als minimumvereisten toepast, ongeacht de nationaliteit van de betrokkene.

**44.** Van andere buitenlandse beletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht stellen we, zoals we reeds deden m.b.t. strengere buitenlandse verwantschapsbeletselen, algemeen voor om ze hoogstens als verbiedend beletsel toe te passen. We gaven hierboven reeds ons argument hiertoe aan: elk juridisch gezinsleven dat onze openbare orde niet stuit, verdient bescherming, als het reeds in een andere Staat rechtsgeldig is ontstaan en de internationale beslissingsharmonie hierdoor reeds is verstoord.

**45.** Bepaalde buitenlandse beletselen schenden overigens het recht om te huwen en zijn tevens soms discriminatoir (*cf. infra*, randnr. 83). Deze worden hoedanook buiten toepassing verklaard, wegens strijdig met de B.I.P.O.O.

46. M.b.t. de vormvereisten menen we dat naar Belgisch recht vandaag soms de voorlegging wordt geleverd van welbepaalde documenten, terwijl de informatie die ze beogen te verlenen mogelijk ook door andere documenten kan worden verstrekt. We stellen voor dat in dat verband soepel wordt opgetreden en andere bewijsmiddelen worden aanvaard. De regeling van de akte van bekendheid ligt vandaag onder vuur. Een vereiste om voorafgaandelijk een beroep te doen op de diplomatieke overheden kan mogelijk de betrouwbaarheid van de identiteitsgegevens bevorderen. Daarnaast zou overigens, waar de omstandigheden het toelaten, in een verplichte D.N.A.-test kunnen worden voorzien.

47. De huidige beperkingen wat betreft de wijze waarop een huwelijk in België kan worden aangegaan zijn o.i. grotendeels gerechtvaardigd, met het oog op rechtszekerheid en het bewijs dat alle huwelijksvereisten zijn vervuld.

48. Buitenlandse huwelijksgrondvereisten die betrekking hebben op de wijze van huwelijksvoltrekking, bv. de vereiste dat een huwelijk religieus wordt aangegaan, worden o.i. terecht weggekwalificeerd als vormvereisten voor het huwelijk. Bij huwelijksvoltrekking in België worden ze m.a.w. niet toegepast.

49. Voor het bewijs van de geldigheid van een buitenlands huwelijk kan o.i., zoals vandaag gebeurt, worden volstaan met de voorlegging van een gelegaliseerd officieel document. De afleverende autoriteit hoeft o.i. niet noodzakelijk een autoriteit van het land van huwelijksvoltrekking te zijn, maar kan ook een autoriteit van het vaderland van de betrokkene zijn, mits deze nog niet op stabiele wijze verblijf houdt in België. In het laatste geval is het o.i. vaak aangewezen om tot fraude te besluiten. Buitenlandse huwelijksvormen laten niet steeds toe om na te gaan of alle grondvereisten voor het huwelijk zijn nageleefd. In dat geval kan het huwelijk best niet worden erkend als het is aangegaan in een Staat die de huwelijksvereiste waarvan de naleving niet zeker is, zelf niet kent<sup>20</sup>.

### B.3. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE

50. We menen dat de huidige aanknoping bij de *lex patriae* voor de beoordeling van de geldigheid van een buitenhuwelijks tweerelatie, in het licht van de verscheidenheid en vooralsnog beperkte adapteerbaarheid van de verschillende samenwonersstatuten, niet gerechtvaardigd is. In dat licht stellen we voor om voor de *voltrekking* van een samenwonersstatuut aan te sluiten bij ons globale aanknopingsvoorstel en om, uit *favor relationis*, voor de *erkenning* van buitenlandse samenwonersstatuten aan te knopen bij de *lex loci*.

51. We menen dat het niet gerechtvaardigd is om personen met een wettelijk samenwonersstatuut aan strengere bepalingen inzake gezinshereniging te blijven onderwerpen dan gehuwden. O.i. bevinden beide categorieën zich voor het verblijfsrecht in een vergelijkbare situatie, aangezien de bestaande

<sup>20</sup> Voor een voorbeeld: cf. *infra*, randnr. 68, m.b.t. het postume huwelijk.

samenwonersstatuten dezelfde waarborgen bieden inzake hulp- en bijstandplicht als een huwelijk. O.i. kan worden voorzien in een recht op gezinshereniging voor wettelijk samenwonenden. Daarbij is het aangewezen om met dezelfde middelen strijd te voeren tegen schijnsamenwoningen als tegen schijnhuwelijken wat betreft de preventie van fraude, wat betreft de samenwoningstcontrole<sup>21</sup> en wat betreft de verwerving van een recht op zelfstandig verblijf<sup>22</sup>.

**52.** Voor feitelijk samenwonenden menen we dat de huidige regeling inzake gezinshereniging (de regeling opgenomen in de Omz. van 30 september 1997) op meerdere punten kan worden versoepeld in het licht van het recht op bescherming van het gezinsleven. De huidige borgstelling gedurende drie ½ jaar zou vanaf het aangaan van de samenwoningsovereenkomst kunnen worden afgezwakt tot een borgstelling die de kosten van terugkeer dekt, in samenhang met een wederzijdse verbintenis in het samenwoningscontract tot bijdrage naar vermogen in de kosten van de samenwoning. Hierdoor zou de gezinshereniging t.a.v. elk naast familielid van eenzelfde gerechtvaardigde financiële vereiste afhankelijk worden gesteld: de vereiste dat het gezinsleven wordt gekenmerkt door morele én materiële solidariteit, zonder dat mindervermogenden hun recht op bescherming van het gezinsleven ingeperkt zien.

We menen overigens dat een wettelijke regeling van gebonden machtigingen tot het verblijf is aangewezen met het oog op meer rechtszekerheid.

#### **B.4. POLYGAMIE**

**53.** Inzake polygamie hebben we gepleit voor een grotere rechtsbescherming voor de tweede echtgenote te goeder trouw. De goede trouw kan mede worden bepaald a.h.v. de verblijfspositie van de betrokkene. Om de goede trouw van de polygame man te beoordelen kan mede rekening worden gehouden met de verwachtingen die de eerste echtgenote redelijkerwijze kon hebben bij het blijvend monogame karakter van haar huwelijk.

**54.** Inzake gezinsherenigingsrecht menen we dat het gelijkheidsbeginsel en het recht op bescherming van het gezinsleven ernstig wordt geschonden door de huidige *first comes, first takes*-regel. We menen dat de eerste echtgenote steeds voorrang dient te worden verleend, aangezien slechts haar huwelijk kan worden erkend. Wel kan worden overwogen om haar in de mogelijkheid te stellen om

---

<sup>21</sup> We stellen, zoals ook voor het huwelijk, een verlenging van deze controle voor, zodat de controleduur niet drastisch zou worden ingeperkt in vergelijking met de huidige regeling

<sup>22</sup> Een gelijkschakeling met ons voorstel voor gehuwden zou toelaten dat na vier jaar een zelfstandig recht op verblijf wordt verworven, i.p.v. na die 3 ½ jaar onder de huidige regeling bij Omz. van 30 september 1997. Voor samenwonenden zou dit niet veel verschil maken. Vooral gehuwden zouden de gevolgen ondervinden van een verlenging van de huidige wachttermijn (m.n. van zes maanden of een jaar tot vier jaar). Een gelijkschakeling van de huidige regelingen inzake samenwoningstcontrole zou er evenwel toe leiden dat ook wettelijk samenwonenden (en personen met partnerschapsregistratie of PACS) na zes maanden of een jaar, naargelang gezinshereniging bij een E.E.R.-ondedaan of derdelander plaatsvindt, recht op zelfstandig verblijf zouden verwerven.



afstand te doen van haar recht op gezinshereniging. Vervolgens kan een volgende echtgenote recht op gezinshereniging worden verleend, als aanvaardbaar rechtsgevolg van het polygame huwelijk (dat evenwel als dusdanig niet kan worden erkend).

**55.** Het kind uit een tweede of later polygaam huwelijk dient o.i. steeds het voordeel van een putatief huwelijk te worden verleend. Enkel op die wijze staat zijn afstamming m.n. van rechtswege vast, door toepassing van de vaderschapsregel<sup>23</sup>. Inzake gezinshereniging zou kunnen worden overwogen om de huidige rechtspraak van de Franstalige kamer van de Raad van State inzake gezinshereniging na echtscheiding toe te passen en toe te staan dat het kind wiens moeder de polygame man niet heeft vervoegd, met haar toestemming recht op gezinshereniging bij zijn vader kan worden verleend.

---

<sup>23</sup> Wordt dat voordeel hem ontzegd, dan dient het kind te worden erkend alvorens de vaderlijke afstamming vaststaat.

## **HOOFDSTUK 3. CONCRETE ONDERZOEKSRESULTATEN PER HOOFDSTUK**

### **A. DE GROND- EN VORMVEREISTEN OM TE HUWEN**

#### **A.1. DE LEEFTIJD VAN HUWBAARHEID EN VAN HET RECHT OP GEZINSHERENIGING OP GROND VAN HUWELIJK**

##### **A.1.A. DE LEEFTIJDVEREISTE IN HET FAMILIERECHT**

**56.** We hebben ons m.b.t. de leeftijdsvereiste om te huwen aangesloten bij het beginsel dat kinderhuwelijken moeten worden verboden. Daartoe is evenwel tot op vandaag geen minimumleeftijd voor dispensatie uitgewerkt. We stellen 15 jaar als leeftijdsgrens voorop en menen dat buitenlands recht dat personen huwbaar stelt vanaf de leeftijd van vijftien jaar, zonder meer kan worden toegepast.

**57.** Tegenover deze strenge houding hebben we twee voorstellen geplaatst ter versoepeling van de huidige regeling.

Vooreerst menen we dat uitzonderlijk een rechterlijke machtiging kan worden verleend om te huwen op een vroegere leeftijd dan toegelaten door de toepasselijke wet, mits de betrokkenen ouder zijn dan vijftien jaar. Vandaag is dit slechts mogelijk als de buitenlandse wet zelf in een mogelijkheid van dispensatie voorziet. Wij stellen voor om de Belgische dispensatieregeling algemeen toepasselijk te maken. Hiermee wijken we af van zowel de huidige aanknopingsregel als van ons eigen aanknopingsvoorstel. We menen dat ons voorstel wordt gerechtvaardigd door de doelstelling om het hoogste belang van het kind na te streven. Het is aangewezen dat de rechter geval per geval kan oordelen of een vervroegde toelating om te huwen het belang van het kind dient, bv. bij zwangerschap. Dit voorstel sluit het risico op misbruik, via zwangerschappen die louter zijn ingegeven door de doelstelling om vervroegd tot het verblijf te worden toegelaten, niet uit. De controle op schijnhuwelijken kan o.i. evenwel in dit verband een voldoende filter te vormen.

Ten tweede beogen we dat de nietigheid van elk huwelijk dat is aangegaan in overtreding van de leeftijdsvereiste van het aangewezen recht of van het verbod op kinderhuwelijken, niettemin zou kunnen worden gedekt zodra de betrokkenen 18 ½ jaar oud zijn en geen gebrek in de toestemming wordt aangetoond. Art. 185 B.W. zou m.a.w. ook op vreemdelingen worden toegepast. Ook hiermee wijken we af van ons globaal voorstel om vreemdelingen zonder stabiele verblijfspositie een eenmalige optie te laten tussen de Belgische wet en de wet van hun huidige of laatste stabiele verblijfplaats. We menen dat de betrokkenen vanaf de genoemde leeftijd door hun stilzitten aangeven dat ze het huwelijk met kennis van zaken zijn aangegaan en dat de nietigheid kan worden gedekt. Niets belet

hen om achteraf nog huwelijksdwang aan te kaarten.

**58.** Ook deze afwijking kan o.i. door meerdere overwegingen worden gerechtvaardigd. De niet-erkenning op grond van de leeftijdsvereiste van buitenlandse huwelijken die sedert een zekere periode in het buitenland zijn aangegaan, brengt minstens twee risico's op verblijfsrechtelijk vlak met zich mee.

Eenzijds riskeert het als gezinsleven ervaren samenleven van de betrokkenen in België niet als dusdanig te worden erkend. Waar één van de partners normaal gezien op grond van het huwelijk een beroep zou kunnen doen op gezinshereniging, is dat bij een geweigerde erkenning vaak niet het geval. De partners genieten immers niet de lichtere bewijslast voor gehuwden in het kader van art. 8 E.V.R.M. Hun jonge leeftijd zal het bewijs van een hechte en oprechte gezinsrelatie bemoeilijken.

Anderzijds dreigt een weigering om het huwelijk te erkennen en de eruit voortvloeiende onmogelijkheid om zijn partner te vervoegen een vreemdeling onbeschermd achter te laten. Het is in Nederland reeds meermaals voorgevallen dat een hereniging met de oorspronkelijke familie werd geweigerd, op grond van de stelling dat de gezinsband met de ouders was verbroken door een verblijf sinds ruime een jaar van de betrokkene in het buitenland en bv. de geboorte aldaar van een kind<sup>24</sup>. De betrokkene ziet bijgevolg in twee Staten het bestaan van gezinsleven ontkend en kan nergens nog terecht.

**59.** Via een veralgemeende toepassing van de Belgische nietigheidsbepaling van art. 185 B.W. kunnen deze nadelen worden vermeden en kan meer algemeen rekening worden gehouden met voldongen feiten<sup>25</sup>. Vanaf de leeftijd van 18 ½ jaar zou het huwelijk burgerrechtelijk kunnen worden erkend.

**60.** We menen dat deze en verdere voorstellen tot concrete afwijking van ons voorstel om globaal aan te knopen bij de wet van de Staat van stabiele verblijfspositie geen afbreuk doen aan de soliditeit van dat voorstel. We zouden dezelfde voorstellen tot afwijking formuleren t.a.v. elke andere aanknopingsregeling<sup>26</sup>. Ze zijn ingegeven door primordiale rechtsbeginselen, zoals *in casu* het belang van het kind.

Slechts als de B.I.P.O.O.-exceptie in meerdere verbanden met een grote regelmaat zou worden opgeworpen tegen een toepassing van de buitenlandse

---

<sup>24</sup> M.R. VAN DER LINDEN en S. VAN WALSUM, "De problematiek van zwarte en migrantenvrouwen", in A.W. HERINGA, J. HES en L. LIJNZAAD (eds), *Het vrouwenverdrag. Een beeld van een verdrag...*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1994, 280.

<sup>25</sup> Ook i.v.m. aanvankelijke schijnhuwelijken kan soepel worden opgetreden door een 'regularisatie' van de huwelijksdoelstellingen in aanmerking te nemen. We staan zo dadelijk nader stil bij onze voorstellen in dat verband (zie ook reeds randnr. 20).

<sup>26</sup> Tenzij systematisch zou worden aangeknoopt bij Belgisch recht, als *lex fori* of als *lex domicilii*, in welk geval vanzelfsprekend geen correctie door Belgisch recht meer nodig zou zijn. We gaven evenwel in de tweede toegangspoort aan waarom we dergelijke aanknopingsregel niet zouden steunen.

wet in die gevallen waar ons voorstel dat toelaat, menen we dat het zou zijn aangewezen om het voorstel van een optierecht te verlaten, wegens "niet efficiënt". O.i. geven onze onderzoeksresultaten geen aanleiding tot dergelijke conclusie.

#### **A.1.B. DE LEEFTIJDVEREISTE IN HET GEZINSHERENIGINGSRECHT**

**61.** Wat het recht op gezinshereniging betreft, stellen we voor dat het huidige verschil in behandeling tussen de huwelijkspartner van een derdelander of niet-bevoorrechte E.E.R.-onderdaan<sup>27</sup> en de huwelijkspartner van een bevoorrechte E.E.R.-onderdaan zou worden opgeheven.

**62.** Elk geldig huwelijk zou toegang verlenen tot de gezinshereniging, mits één van de partners achttien jaar oud is en de andere partner kan onderhouden. Ook een aanvankelijk kinderhuwelijk zou op termijn, als beide partners 18, 5 jaar oud zijn, recht kunnen geven op gezinshereniging, mits de toestemmingsvereiste en alle verdere geldigheidsvereisten zijn vervuld.

#### **A.2. DE GELDIGE HUWELIJKSTOESTEMMING EN VEREISTE INSTEMMINGEN MET HET HUWELIJK EN HUN BEOORDELING IN HET VERBLIJFSRECHT**

**63.** Inzake de vereiste van een ouderlijke instemming met het huwelijk van minderjarigen, menen we dat ons aanknopingssysteem het meest is verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel. Niettemin stellen we ook hier een kleine afwijking voor, opnieuw te rechtvaardigen door het belang van het kind. De door het I.P.R. aangewezen wet voorziet niet steeds in een mogelijkheid van rechterlijke vervangende machtiging bij ouderlijke weigering. We menen evenwel dat de Belgische rechter hier steeds toe kan overgaan, als dit in het hoger belang van het kind is. Dit hoger belang wordt overigens best beoordeeld wars van elke cultureel geïnspireerde rem: meent het kind, nadat het voldoende is geïnformeerd om met kennis van zaken te kunnen oordelen, dat een huwelijk zijn belang dient en zijn de vereisten voor een dispensatie van de leeftijdsvereiste vervuld, dan is het o.i. aangewezen om systematisch een vervangende machtiging te verlenen.

Ook dergelijke verruimde toepassing van Belgisch recht op eenieder die in België wenst te huwen kan de kritiek oproepen dat ze de weg baant voor misbruiken. Opnieuw evenwel menen we dat schijnhuwelijken via de samenwoningcontrole dienen te worden bestreden en dat het hoger belang van het kind opweegt tegen het (gezien de rechterlijke tussenkomst in elk concreet geval overigens beperkte) risico op misbruik.

---

<sup>27</sup> E.E.R.-onderdanen die geen onderdaan zijn van een E.U.-Lidstaat genieten een gelijke bevoorrechte regeling inzake gezinshereniging als E.U.-onderdanen. Daarom verwijzen we naar de ruimere groep van E.E.R.-onderdanen als we het hebben over de groep van bevoorrechte vreemdelingen.

**64.** Buiten deze systematische concrete afwijking van ons aanknopingsvoorstel, kiezen we ervoor om ons voorstel voor een eenmalige optie door personen die (nog) geen stabiele verblijfpositie hebben in België ook in dit verband in beginsel te handhaven<sup>28</sup>. De buitenlandse instemmingsvereiste zal immers vaak doorgang kunnen vinden voor wat betreft het huwelijk van minderjarigen, aangezien de meeste rechtsordes in een mogelijkheid tot vervangende rechterlijke machtiging voorzien. De internationale beslissingsharmonie kan ermee gediend zijn dat de betrokkenen voort de mogelijkheid wordt gelaten om aan te knopen bij buitenlands recht.

**65.** Een buitenlandse vereiste van instemming van een administratieve overheid met het huwelijk van een meerderjarige schendt o.i. het recht om te huwen. Het is aangewezen om het buiten toepassing te verklaren wegens schending van de openbare orde en de erkenning van een huwelijk niet afhankelijk te stellen van een naleving van de vereiste. We besloten in dezelfde zin m.b.t. meerdere buitenlandse vereisten die onbekend zijn naar Belgisch recht (*cf. infra*, randnr. 83).

**66.** We menen dat de ons bekende huidige rechtspraak waarbij een huwelijk bij volmacht geldig wordt bevonden mits een geldige huwelijks toestemming is verleend en mits de huwelijksvorm wordt toegelaten door de *lex loci celebrandi*, navolging verdient.

De volmacht bemoeilijkt weliswaar de beoordeling van de vrije huwelijks toestemming. Het zou evenwel niet proportioneel zijn om louter op grond van deze bewijsmoeilijkheid te weigeren om huwelijken bij volmacht te erkennen. We menen dat dit ook geldt voor stabiele verblijfhouders. Het valt weliswaar moeilijk te begrijpen waarom zij in het buitenland zouden gaan huwen en dan nog onder vertegenwoordiging bij volmacht van één van hen. We sluiten ons evenwel aan bij de bepaling van de I.P.R.-codex in dit verband: "het recht van de Staat van huwelijksvoltrekking bepaalt of en volgens welke modaliteiten een huwelijk bij volmacht kan worden aangegaan"<sup>29</sup>. De sluiting bij volmacht is slechts een modaliteit van de huwelijks sluiting, heeft m.a.w. slechts betrekking op de vorm en wordt beoordeeld in toepassing van de *lex loci celebrandi*.

**67.** Een postuum of retro-actief huwelijk raakt daarentegen meer aan de grondvereiste van een geldige toestemming. We menen dan ook dat de verblijfpositie wél een gerechtvaardigd criterium van onderscheid vormt. We sluiten aan bij het huidige algemene verbod om postuum te huwen in België, maar nemen afstand van de algemeen soepele houding t.a.v. buitenlandse postume huwelijken die geldig zijn aangegaan in toepassing van de *lex loci*

<sup>28</sup> *In casu* zou de minderjarige de optie volgen van de ouder onder wiens gezag hij staat, met, in geval van aanwijzing van meer dan één rechtsorde, een preferentiële aanknoping bij Belgisch recht: zie deel 2B, randnrs 97 e.v.

<sup>29</sup> Art. 44 Wetsvoorstel houdende invoering van een I.P.R.-wetboek.

*celebrandi*.

We menen dat een erkenning slechts is aangewezen als is voldaan aan drie voorwaarden. Het huwelijk moet zijn aangegaan in overeenstemming met de *lex loci celebrandi*. De betrokkenen mogen (nog) geen stabiele verblijfpositie hebben op het ogenblik van de huwelijkssluiting en moeten hebben geopteerd voor een behouden aanknoping bij een wet die een postume huwelijkssluiting toelaat<sup>30</sup>. Tevens moet een geldige huwelijkstoestemming zijn verleend (en vanzelfsprekend moeten ook alle andere geldigheidsvereisten zijn nageleefd).

We menen dat stabiele verblijfhouders of verblijfhouders die reeds eerder opteren voor de toepassing van Belgisch recht in het buitenland niet postuum kunnen huwen. In dat geval is o.i. sprake van *fraude à la loi* en hoeft het huwelijk niet te worden erkend, ook niet als de *lex patriae* van de betrokkene en de *lex loci celebrandi* een postume huwelijkssluiting toelaten.

Is het huwelijk van andere niet-stabiele verblijfhouders niet erkenbaar omdat de *lex loci* geen postume huwelijkssluiting toelaat of omdat de toestemming van de overleden partner niet voldoende overtuigend blijkt, dan is het o.i. aangewezen om geen van de partijen het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen.

**68.** Is het huwelijk nietig om een andere reden, dan is het naar Belgisch recht wél mogelijk om bij bewijs van goede trouw het voordeel van een putatief huwelijk te worden verleend. We beogen deze mogelijkheid in beginsel uit te breiden naar alle nietigverklaringen die in België worden uitgesproken (*cf. supra*, randnr. 21). M.b.t. postume huwelijken menen we evenwel dat het voordeel niet kan worden verleend, aangezien niet vaststaat dat de overleden partner op de hoogte is geweest of redelijkerwijze had moeten zijn van de huwelijkssluiting en m.a.w. in zijn ogen (terecht) nooit huwelijksgevolgen zijn ontstaan.

**69.** Een retro-actief huwelijk wordt o.i. in beginsel best slechts erkend als geloofwaardig is dat steeds een huwelijk heeft bestaan. De huwelijksakte met retro-actieve werking kan in dat geval worden geadapteerd aan een vervangende huwelijksakte.

Overtuigende feiten kunnen de inhoud van de huwelijksakte weerleggen. Dergelijke overtuigende feiten blijken o.i. wanneer de retro-activiteit ingaat op een ogenblik waarop de betrokkene verbleef in een andere Staat dan de Staat waar het retro-actieve huwelijk wordt geakteerd en waarbij deze eerste Staat niet voorafgaandelijk is verzocht om een bevestiging van het huwelijk. We menen dat de huwelijksdatum bij voorkeur moet worden bepaald door de Staat waar de betrokkenen op het vermeende ogenblik van de huwelijkssluiting verbleven.

Woonden beide partners in de periode van de retro-actieve werking van het

---

<sup>30</sup> M.n. de *lex patriae* of de wet van de Staat van vroeger stabiel verblijf, mits die een postume huwelijkssluiting toelaat.

huwelijk niet samen of deden ze dat wél, maar slechts via gezinshereniging van één van hen op grond van buitenhuwelijkse samenwoning<sup>31</sup>, dan is eveneens duidelijk dat niet steeds een oprecht huwelijk heeft bestaan. Een ontstentenis van samenwoning wijst, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, op een schijnhuwelijk. Wonen de betrokkenen wél reeds in België samen, dan is de vraag naar de geldigheid van het huwelijk bij het eerste verzoek om gezinshereniging reeds gerezen. De beoordeling die daarbij heeft plaatsgevonden kan mee in overweging worden genomen bij de beoordeling van de geldigheid van het retro-actieve huwelijk.

Binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel zou het huwelijk, ook bij weerlegging van het vermoeden van een huwelijk voor de hele periode waarop de huwelijksakte betrekking heeft, alsnog erkenbaar zijn vanaf het ogenblik dat de geformaliseerde toestemming is gegeven, m.a.w. vanaf de aktering van het retro-actieve huwelijk door de buitenlandse ambtenaar of rechter.

**70.** Voorts wezen we op het belang van een efficiënte bestrijding van gedwongen huwelijken.

Religieus geïnspireerde argumenten hebben geen rechtswaarde, maar hoogstens een feitelijke waarde. Ze kunnen de beoordeling van de aanwezigheid van of de ontstentenis van dwang niet zonder meer bepalen. Uit een traditie om huwelijken te arrangeren kan noch worden afgeleid dat de bruid steeds onder dwang wordt gezet, noch worden besloten dat nooit dwang optreedt "omdat de traditie anders nooit tot op vandaag had voortbestaan". Steeds dient te worden gekeken naar de concrete situatie. De plaats van de rechtsfiguur van de huwelijksvoogd in het buitenlandse recht bv. volstaat noch om te besluiten dat de vrije toestemming steeds is aangetast, noch om te besluiten dat, wegens de expliciete vereiste van een vrije toestemming in meerdere van de betrokken rechtsstelsels, nooit sprake is van dwang.

**71.** Wat de nietigheid van het huwelijk op grond van dwaling betreft, menen we dat de huidige dwalingsleer best kan worden aangehouden.

Een verruiming van de leer inzake nietigheid van het huwelijk wegens dwaling omtrent essentiële eigenschappen<sup>32</sup> dreigt o.i. de grens met de echtscheidingsgronden te doen vervagen<sup>33</sup>. Bovendien zou een verruiming van de dwalingsleer toelaten dat bepaalde buitenlandse beletselen die strijdig zijn met het recht om te huwen (bv. het verbod om te huwen met een ernstig zieke), via de dwalingsleer indirect alsnog hun intrede doen als nietigheidsgrond voor

<sup>31</sup> T.a.v. twee personen die een zelfstandig recht op verblijf genieten in eenzelfde Staat, stelt deze laatste controlemogelijkheid a.h.v. het gezinsherenigingsrecht zich niet.

<sup>32</sup> O.m. Bergen 27 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 263; Antwerpen 1 februari 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 283; Rb. Brussel 31 maart 1987, *J.T.* 1988, 194.

<sup>33</sup> Dergelijke verruiming zou afbreuk doen aan de huidige pogingen van meerdere rechters om een afwending van de nietigheidsprocedure (met het oog op kortere en goedkopere procedures om een eind te stellen aan een huwelijk) te verbieden.

het huwelijk als één van de partners dat wenst<sup>34</sup>.

**72.** Wat de strijd tegen schijnhuwelijken betreft hebben we voor het familierecht vnl. bepleit dat elke nietigverklaring van een huwelijk op grond van schijn duidelijk zou worden gemotiveerd. Binnen de grenzen van het mogelijke, aangezien niet meer kan worden aangereikt dan een overtuigend geheel van vermoedens, zou een duidelijker onderscheid kunnen worden gemaakt tussen een situatieschets en overtuigingselementen.

**73.** Tijdens de vernietigingsprocedure zou tevens aandacht kunnen uitgaan naar de doelstellingen van de vorderende partij, mocht dat de persoon zijn die recht opent op gezinshereniging (hierna: de gezinshereniger). Het is aangewezen om waakzaamheid aan de dag te leggen voor wraakpogingen. Blijkt duidelijk dat de gezinshereniger erop uit is om de partner zijn verblijfsrecht te doen verliezen, dan kan die doelstelling weliswaar zijn ingegeven door wraak wegens bedrog. Steeds moet evenwel rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat het huwelijk aanvankelijk oprecht was, maar snel fout is gelopen.

**74.** We hebben bepleit om toe te laten dat na verloop van tijd de nietigheid van het huwelijk wordt gedekt, indien blijkt dat inmiddels wél wederzijds de doelstelling is ontstaan om een duurzame levensgemeenschap te vormen. Een voortzetting van de samenwoning kan hiervoor een overtuigende aanwijzing zijn.

**75.** Voor het verblijfsrecht bepleitten we een strengere aanpak van de samenwoningcontrole, met gelijke behandeling van eenieder, ongeacht de nationaliteit. Deze zou minstens een jaar moeten aanhouden, zoals vandaag reeds het geval is voor de partner van een derdelander, bij voorkeur overigens worden verlengd tot twee jaar, met uitzondering voor personen bij wie de gezinshereniger overlijdt. Voor deze laatsten zou uit humanitaire overwegingen onvoorwaardelijk een recht op voortgezet verblijf kunnen ontstaan, zoals de Europese richtlijn in voorbereiding inzake gezinshereniging bij een Unieburger beoogt. Een zelfstandig recht op verblijf zou nog later kunnen worden toegekend, bv. na vier jaar, zoals het voorstel van richtlijn voor gezinshereniging bij een E.E.R.-onderdaan toelaat. Daarbij zou opnieuw een uitzondering, via een recht op voortgezet verblijf, kunnen (volgens het hangende Voorstel van Richtlijn inzake gezinshereniging bij een Unieburger overigens verplicht) worden bepaald bij nietigverklaring van het huwelijk met verlening aan de nakomende partner van het voordeel van een putatief huwelijk en bij echtscheiding, mits de betrokkene inmiddels overtuigende banden (*connections*) heeft met België. Slechts op die wijze kan o.i. misbruik van het huwelijksinstituut efficiënt worden bestreden.

---

<sup>34</sup> Zo bv. zou de strikte afwijzing van het religieuze huwelijksbeletsel kunnen worden omzeild. Kan een huwelijkspartner achteraf nietigverklaring van het huwelijk eisen wanneer blijkt dat hij heeft gedwaald omtrent de religieuze achtergrond van zijn partner, dan betekent dat dat hij onrechtstreeks een huwelijksvereiste – een persoonlijk vastgelegd huwelijksbeletsel – kan opleggen aan de andere partij.



### A.3. BUITENLANDSE VERWANTSCHAPSBELETSELEN EN HUN BEOORDELING IN HET VERBLIJFSRECHT

76. We beogen de huidige toepassing van buitenlandse strengere beletselen wegens bloed- of aanverwantschap te handhaven bij huwelijkssluiting in België. Is het huwelijk evenwel reeds aangegaan in het buitenland, dan menen we dat het buitenlandse recht, in afwijking van ons aanknopingsvoorstel, slechts moet worden toegepast als verbiedend beletsel. Het huwelijk is immers reeds aangegaan; de internationale beslissingsharmonie is verstoord. Het recht op de eerbiediging van bestaand huwelijksleven primeert in dat geval, tenzij een beletsel van Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde is overtreden. Stuit het beletsel op onze B.I.P.O.O., dan wordt het hoedanook niet toegepast.

77. Ook als het huwelijk wordt nietigverklaard wegens overtreding van een buitenlands verwantschapsbeletsel ten tijde van de huwelijkssluiting in België, is het o.i. aangewezen om de gevolgen hiervan niet door te trekken naar het afstammingsrecht. Uit het verwantschapsbeletsel in het huwelijksrecht volgt in beginsel tevens een verbod om de afstamming van gemeenschappelijke kinderen vast te stellen t.a.v. beide ouders, aangezien een incestueuze afstamming de openbare orde schendt van de rechtsorde waarvan het recht is toegepast. We menen evenwel dat het niet is aangewezen om dat verbod in België toe te passen. We steunen hiervoor op dezelfde redenering als hierboven, m.b.t. de herleiding van het buitenlandse huwelijksbeletsel tot verbiedend beletsel: het strengere buitenlandse beletsel is niet van Belgische internationaalprivaatrechtelijke openbare orde (BIPOO). Het belang van het kind bij een dubbele afstammingsband primeert.

78. Buitenlands soepeler recht kan o.i. in beginsel voort worden toegepast op vreemdelingen zonder stabiele verblijfpositie die voor een voortgezette toepassing van hun *lex patriae* of de wet van hun vorige stabiele verblijfplaats opteren. We menen evenwel dat een Belgisch verwantschapsbeletsel waar geen dispensatie van mogelijk is, wordt geacht van openbare orde te zijn, wegens incestverbod. Om die reden menen we dat bij elke huwelijkssluiting in België toepassing kan worden gemaakt van deze beletselen, bij wijze van minimumnorm, als verbiedend beletsel<sup>35</sup>. Dergelijke beletselen van BIPOO hebben hoogstens betrekking op bloedverwanten. T.a.v. aanverwanten stellen ze zich o.i. niet. T.a.v. adoptieve verwanten zal de B.I.P.O.O. mogelijk minder snel geschonden zijn, gezien de louter morele grondslag van het verbod en de soepelere Belgische dispensatiebepalingen in dit verband.

79. Een beletsel om polygaam te huwen met twee verwanten is geen echt verwantschapsbeletsel, aangezien het geen betrekking heeft op twee verwante

---

<sup>35</sup> Meerdere Franse auteurs menen dat *alle* Franse huwelijksbeletselen als minimumnorm kunnen worden gehanteerd. Ons voorstel is in dat licht behoorlijk bescheiden.

huwelijkskandidaten. Het beletsel wordt hoedanook niet toegepast in België, aangezien een polygaam huwelijk niet kan worden gesloten, noch erkend in België. Wél worden soms rechtsgevolgen toegekend en wordt het voordeel van een putatief huwelijk verleend bij goede trouw. Daarbij kan een ovetreding van het huwelijksbeletsel mogelijk een teken zijn van kwade trouw. *Nemo censetur ignorare legem*. Wordt een huwelijk aangegaan in overtreding van een grondvereiste, dan wordt vaak geen goede trouw aangenomen<sup>36</sup>.

**80.** Een huwelijksbeletsel tussen spiritueel verwanten verdient o.i. hoogstens toepassing als verbiedend beletsel binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel. We menen dat het is aangewezen om het beletsel, in het licht van art. 12 E.V.R.M., slechts toe te passen mits de verwantschap wordt gelijkgesteld met een broer-zusrelatie. In het andere geval, bv. bij een huwelijksverbod t.a.v. een hele gemeenschap, menen we dat een onaanvaardbare inbreuk wordt gepleegd op het recht om te huwen.

**81.** Een huwelijksbeletsel tussen personen die zich in een onderlinge pleegverhouding bevinden, kan o.i. worden toegepast, binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel. We beogen dergelijk beletsel in zijn toepassing niet te herleiden tot een verbiedend beletsel, gezien zijn overeenkomst met het Belgische huwelijksbeletsel met aanverwanten in de rechte lijn<sup>37</sup>. Van dat beletsel kan tot op vandaag geen dispensatie worden verleend. Het wordt m.a.w. als een beletsel van openbare orde beschouwd. We menen dan ook dat een buitenlands beletsel, dat weliswaar niet equivalent is, maar er o.i. voor het huidige toepassingsgeval wél aan geadapteerd kan worden, eveneens kan worden toegepast als nietigheidsgrond, zoals bepaald naar buitenlands recht.

**82.** Voor het recht op gezinshereniging zou het voorstel alvast tot gevolg hebben dat meer huwelijken kunnen worden erkend, dit vooral n.a.v. het voorstel om vele beletselen slechts als verbiedend beletsel toe te passen, en toegang te verlenen tot gezinshereniging.

Deze beoordeling heeft betrekking op huwelijken die voorts, bv. voor wat betreft de toestemmingsvereiste, rechtsgeldig zijn aangegaan. De voorgestelde soepelheid doet geen afbreuk aan de controles in het licht van de strijd tegen schijnhuwelijken.

---

<sup>36</sup> Dwaling in rechte wordt niet aanvaard als verschoningselement. Zie evenwel de Gretna-Greenhuwelijken: toekenning van het voordeel van een putatief huwelijk, terwijl de betrokkenen wisten dat ze een grondvereiste overtraden, omdat ze niet wisten dat het huwelijk om die reden zou worden nietigverklaard. Zie onze kritiek op deze rechtspraak (cf. *supra*, deel 3A, hoofdstuk 2 (de toestemmingsvereiste), randnr. 32).

<sup>37</sup> I.t.t. spirituele verwantschap: hoogstens cf. verwantschap in de zijlijn: slechts als verbiedend beletsel (verbiedend omdat de vereiste onze openbare orde niet raakt).

#### **A.4. BUITENLANDSE BELETSELEN DIE NIET BESTAAN NAAR BELGISCH RECHT EN HUN BEOORDELING IN HET VERBLIJFSRECHT**

**83.** Van de (eigenlijke) wachttermijn, het verbod om te huwen na een vorig huwelijk (dat is ontbonden door echtscheiding of overlijden), het huwelijksverbod wegens seksuele onrijpheid, het huwelijksverbod wegens ernstige ziekte, het huwelijksverbod wegens verkrachting of ontvoering van de partner, of wegens overspel t.a.v. de vorige partner of moord of aanslag op de vorige partner (al dan niet in collusie met de huidige partner), elk huwelijksverbod op grond van nationaliteit, sociale rang of maatschappelijke functie of verplichting (bv. dienstplicht), een huwelijksverbod t.a.v. gedetineerden, een huwelijksverbod t.a.v. een persoon met overspelige of incestueuze afstamming, een religieus huwelijksbeletsel, een huwelijksverbod voor priesters, oordeelden we dat ze minstens het recht om te huwen schenden, soms ook het gelijkheidsbeginsel, art. 3 E.V.R.M. of het beginsel van vrijheid van godsdienst.

**84.** Een oneigenlijke wachttermijn geldt in zekere zin in elke rechtsorde, doordat een echtscheiding slechts na verloop van tijd in kracht van gewijsde treedt. Ook andere vormen van oneigenlijke wachttermijn zijn o.i. aanvaardbaar, mits ze zijn beperkt tot een redelijke termijn.

**85.** De vereiste dat een bruidsprijs wordt betaald, is een oneigenlijk beletsel, aangezien de betaling slechts dient te worden voltooid tijdens het huwelijk, vaak pas na geruime tijd. De vereiste dient o.i. niet steeds te worden gekwalificeerd als nietigheidsgrond. Soms wordt de betaling van de bruidsprijs naar buitenlands recht slecht beschouwd als een huwelijksgevolg. In dat geval vormt de niet-betaling hoogstens een echtscheidingsgrond. Het huwelijksvermogensrecht of *contractenrecht* is van toepassing. Betreft het wél een nietigheidsgrond naar buitenlands recht, dan is het aangewezen om de vereiste weg te kwalificeren als ongeoorloofde huwelijksvoorwaarde, gezien de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon. Een betaling is niet afdwingbaar. Vindt ze evenwel plaats, dan is zulks aanvaardbaar als huwelijks voordeel, mits de betaling van geen invloed is op de geldigheid van de huwelijksstoestemming.

**86.** Voor het verblijfsrecht houdt ons voorstel in dat een huwelijk dat is aangegaan in overtreding van één van de genoemde onaanvaardbare beletselen, geldig is en binnen de voorwaarden van de Belgische verblijfsreglementering toegang verleent tot gezinshereniging.

**87.** We menen tevens dat het, in het licht van het recht om te huwen, is aangewezen dat een verblijfhouder steeds kan huwen met de persoon van zijn keuze. Blijkt uit een *elsewhere approach* dat het gewenste huwelijk nergens elders (*i.e.* in één van de Staten waarmee de partners een band hebben) kan worden aangegaan, dan is het aangewezen om een machtiging tot verblijf, met

het oog op huwelijkssluiting, te verlenen.

## **A.5. DE IMPLICIETE VEREISTEN TE LEVEN EN VAN EEN VERSCHILLEND GESLACHT TE ZIJN EN HUN BEOORDELING IN HET VERBLIJFSRECHT**

**88.** We verwijzen naar de uiteenzetting hierboven m.b.t. het postume huwelijk, voor wat betreft de vereiste om bij de huwelijkssluiting nog in leven te zijn.

**89.** De vereiste om van een verschillend geslacht te zijn heeft gevolgen voor zowel homoseksuelen als voor transseksuelen die een geslachtswijzigende operatie hebben ondergaan en hun juridisch geslacht hebben laten wijzigen.

Nu het homohuwelijk zijn intrede heeft gedaan in het Belgische recht kunnen homoseksuelen naar Belgisch recht huwen en kunnen transseksuelen een juridische geslachtswijziging verkrijgen tijdens hun huwelijk.

**90.** Er is evenwel vooralsnog niet voorzien in een I.P.R.-regeling. We menen dat een homohuwelijk, eenmaal het in het buitenland is aangegaan, best kan worden erkend zodra het geldig is aangegaan in toepassing van de *lex loci*.

Zolang een I.P.R.-Verdrag in dit verband de internationale beslissingsharmonie niet in goede banen leidt, is het o.i. aangewezen om de sluiting van een homohuwelijk in België toe te staan zodra de personele wet (*cf.* het door ons voorgestelde aanknopingsvoorstel) van één van de partners het homohuwelijk kent.

**91.** Bij toelating of erkenning van een homohuwelijk, ontstaat een *recht* op gezinshereniging, zoals voor heteroseksueel gehuwden.

**92.** Een bijkomend gevolg van de toelating van homohuwelijken is o.i. dat ook elke buitenhuwelijkse homoseksuele relatie beschermd kan worden als gezinsleven, onder dezelfde voorwaarden als een heteroseksuele relatie.

Een homoseksueel ongehuwd koppel geniet de bescherming van art. 8 E.V.R.M. en kan in dat verband minstens in het licht van de *elsewhere approach*, en naar ons voorstel ook in het licht van de *connections approach*, verzoeken om een machtiging tot gezinshereniging.

**93.** Zolang slechts in een beperkt aantal Staten een homohuwelijk kan worden aangegaan, menen we overigens dat het is aangewezen om binnen de grenzen van de *elsewhere approach* een machtiging tot het verblijf met het oog op de sluiting van een homohuwelijk te verlenen, telkens wanneer de betrokkenen nergens anders terecht kunnen voor een huwelijkssluiting. We menen dat art. 12 E.V.R.M. (het mensenrecht om te huwen) de Verdragsstaten bij het E.V.R.M. hiertoe aanmoedigt.

## A.6. DE VORMVOORWAARDEN VOOR HET HUWELIJK EN HUN BEOORDELING IN HET VERBLIJFSRECHT

94. Onze bespreking van de vormvereisten voor het huwelijk is erop gericht om na te gaan in hoeverre vreemdelingen, rekening houdend met hun concrete situatie, effectief in de mogelijkheid worden gesteld om een huwelijk aan te gaan in België.

### A.6.A. CONCLUSIE M.B.T. DE VORMVEREISTEN BIJ HUWELIJKSSLUITING IN BELGIË

95. We hebben vooreerst stilgestaan bij de vraag naar de *vervulbaarheid* van de *vormvoorwaarden* bij huwelijksluiting.

We konden enerzijds vaststellen dat pogingen worden ondernomen om tegemoet te komen aan een reële onmogelijkheid of ernstige moeilijkheid voor bepaalde vreemdelingen om een gelegaliseerd en desgevallend beëdigd vertaald afschrift van het gevergd document voor te leggen. De technieken van de akte van bekendheid en de beëdigde verklaring getuigen hiervan.

Anderzijds concludeerden we dat deze vervangende akten soms met te weinig waarborg van een correcte inhoud worden verstrekt en dat ze bovendien bepaalde vreemdelingen uitsluiten.

Daarnaast wordt overigens nog steeds strikt vastgehouden aan de voorlegging van bepaalde documenten, terwijl de gegevens waarvoor ze tot bewijs moeten dienen, nochtans evengoed door andere documenten kunnen worden aangetoond.

96. Bepaalde beperkingen op de toegelaten *huwelijksvorm* beoordeelden we dan wél weer als gerechtvaardigd met het oog op rechtszekerheid.

We achten het gerechtvaardigd dat een Belg in België niet consulaire een nationaliteitsgemengd huwelijk kan aangaan. Dit verbod strookt met ons globale aanknopingsvoorstel: het huwelijk met een Belg in België veronderstelt een bereidheid tot integratie en tot een snelle toepassing van Belgisch recht op het geheel van de rechtssituatie van beide partners.

Ook het verbod om in België religieus te huwen is o.i. gerechtvaardigd, ongeacht of het al dan niet een gemengd huwelijk betreft. Het wordt niet betwist<sup>38</sup> dat de scheiding van Kerk en Staat zich consequent moet doorzetten<sup>39</sup>. Hebben de betrokkenen dezelfde nationaliteit, dan kunnen ze consulaire huwen. Verplicht hun personele wet hen tot een religieuze viering, dan is de consulaire of diplomatieke

<sup>38</sup> Behalve dan in het licht van enkele twijfelachtige voorstellen tot intern rechtspluralisme.

<sup>39</sup> Dit gebeurt vooralsnog niet systematisch: cf. *supra*, onze bespreking m.b.t. celibaatsclausules in o.m. tewerkstellingssituaties (deel 3A, hoofdstuk 4).

ambtenaar over het algemeen bevoegd om deze viering te voltrekken en kan gelijktijdig een religieuze en een burgerlijke viering plaatsvinden<sup>40</sup>. Laat hun personele wet geen consulaire huwelijksluiting toe<sup>41</sup>, dan zal de vreemdeling zich moeten neerleggen bij het hinkende karakter van zijn huwelijk, wil hij in België huwen. Leggen Staten een religieuze viering op als grondvoorwaarde, dan houden ze best rekening met de mobiliteit van hun onderdanen en voorzien ze best in een regeling bij huwelijksluiting in het buitenland, bv. via een openstelling van de mogelijkheid om consulaire te huwen voor nationaliteitsgemengde koppels en hen zo toe te laten tegelijk een burgerlijk en religieus huwelijk aan te gaan.

**97.** Wat betreft de *verenigbaarheid* van grondvereisten in de *lex patriae* van de betrokkene met een vervulling van de Belgische vormvereisten, hebben we besloten dat de huidige wegkwalificering van meerdere buitenlandse grondvoorwaarden tot vormvoorwaarden voor het huwelijk o.i. de meest praktische aanpak vormt, ook al begaat ze strikt genomen een inbreuk op het I.P.R.

**98.** "Grensoverschrijdende" vormvereisten, zoals de vereiste dat het voornemen om in het buitenland te huwen eveneens voorafgaandelijk wordt aangegeven in het land van herkomst of dat het huwelijk er wordt geregistreerd, kunnen bij de huwelijksvoltrekking en erkenning van het huwelijk worden genegeerd. Het is weliswaar wenselijk dat de Belgische ambtenaar de betrokkenen zou wijzen op de buitenlandse vormvereisten, om te voorkomen dat het huwelijk gaat hinken. Slechts een overtreding van vormvereisten die door de *lex loci celebrandi* worden ingesteld, kunnen evenwel aanleiding geven tot een weigering om het huwelijk te voltrekken of tot een nietigverklaring van het huwelijk.

#### **A.6.B. CONCLUSIE M.B.T. DE BEOORDELING VAN DE VORMVEREISTEN BIJ DE ERKENNING IN BELGIË VAN EEN BUITENLANDS HUWELIJK**

**99.** Bovengenoemde onderzoeken hebben betrekking op de hypothese dat een huwelijk wordt aangegaan in België.

**100.** We onderzochten eveneens de criteria op grond waarvan de *erkenbaarheid* in België van een buitenlands huwelijk wordt beoordeeld. We besloten dat over het algemeen soepel wordt omgegaan met de erkenning van buitenlandse huwelijken en formuleerden enkele voorstellen m.b.t. de bewijslevering.

**101.** Bepaalde buitenlandse grondvereisten worden o.i. terecht

<sup>40</sup> Cf. *supra*, o.m. naar Marokkaans recht.

<sup>41</sup> Het Marokkaanse consulaat sluit bv. geen huwelijk tussen Marokkaanse joden: P. DECROUX, *l.c.*, 89; A. MOULAY R'CHID, *l.c.*, in J.Y. CARLIER en M. VERWILGHEN (1992), 157. Libanon verleent zijn diplomatieke posten geen bevoegdheid om huwelijken te sluiten. De rechtsorde erkent evenwel een burgerlijk huwelijk van onderdanen in het buitenland: BERGMANN en FERID, o.c., "Libanon", 8.

weggekwalficeerd als vormvereiste, bv. de vereiste dat men (tevens) religieus gehuwd is of dat men wordt vertegenwoordigd door een huwelijksvoogd<sup>42</sup>. Van andere vormvereisten wordt, zoals we zopas aangaven, de grensoverschrijdende toepassingssfeer, in toepassing van de *lex patriae* van de gehuwde, genegeerd.

**102.** Wat het bewijs van het huwelijk betreft, bepleiten we een soepele omgang met gelegaliseerde certificaten als die uitgaan van bevoegde buitenlandse autoriteiten. Daarbij kan o.i. volstaan dat de autoriteit naar buitenlands recht bevoegd is om het bestaan van een huwelijk te bevestigen. Het is o.i. niet vereist dat dezelfde autoriteit het huwelijk heeft voltrokken.

Het bewijsrecht van het land van huwelijksvoltrekking dient evenwel niet onverkort te worden geëerbiedigd. Het belang van de vraag naar de geldigheid van het huwelijk rechtvaardigt dat enige zekerheid omtrent de authenticiteit van het bewijs wordt gevergd. Daartoe kan de medewerking worden gevergd van de Belgische autoriteiten ter plaatse.

## **B. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE**

### **B.1. FAMILIERECHT**

**103.** Inzake buitenhuwelijkse tweerelaties stonden we stil bij twee problematieken: enerzijds de huidige verscheidenheid aan statuten, aangezien slechts weinig nationale regelingen hun stelsel spiegelen aan dat van een andere rechtsorde, en anderzijds de ontstentenis van een uitgebouwde I.P.R.-regeling in de meeste rechtsordes.

**104.** We suggereren een adaptatie van het PACS (het Franse Pacte Civil de Solidarité) aan de wettelijke samenwoning, van het geregistreerd partnerschap aan het huwelijk (zeker nu het homohuwelijk is gestemd) en menen dat vreemdelingen in de mogelijkheid moeten kunnen worden gesteld om in België een wettelijke samenwoning aan te gaan mits hun personeel statuut een samenwonersstatuut instelt dat minstens dezelfde rechtsgevolgen heeft (PACS, geregistreerd partnerschap).

**105.** Hetzelfde resultaat kan tevens worden bereikt als aan een Belg in België zou worden toegestaan om consulaire een nationaliteitsgemengd samenwonersstatuut aan te gaan, in de hypothese dat de I.P.R.-regeling daarvan hem in die mogelijkheid stelt (bv. omdat ze voor de toelaatbaarheid aanknoopt bij de *lex loci*).

**106.** Tevens kan het aantal toelaatbaarheidsgevallen worden verruimd door de huidige aanknoping bij de *lex patriae* te verlaten en toepassing te maken van ons

---

<sup>42</sup> J.Y. CARLIER, "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 453.

globale aanknopingsvoorstel. In een poging om de mogelijkheid van gemengde samenwonersstatuten te verruimen, suggereren we tevens om voor de erkenning van een in het buitenland ontstaan samenwonersstatuut aan te knopen bij de *lex loci* (wet van de Staat van huwelijksvoltrekking).

**107.** Gezien de vergaande rechtsgevolgen van een samenwonersstatuut is het aangewezen om ook statuten die in het buitenland zijn aangegaan op de Belgische burgerlijke stand te registreren in een nieuw aan te leggen register.

## **B.2. GEZINSHERENIGINGSRECHT**

**108.** We menen dat de huidige machtigingsregeling t.b.v. feitelijk samenwonenden (Omz. 30 september 1997) kan worden omgevormd in een regeling van gebonden machtigingen. De borgstellingsplicht kan vanaf het aangaan van een administratieve samenlevingsovereenkomst o.i. best worden beperkt tot de verplichte deponering van een borgsom ten belope van de kosten van terugkeer. Bijkomend zou van de partners een wederzijdse belofte tot bijdrage naar vermogen aan de lasten van de samenwoning kunnen worden gevergd. Op die manier wordt de bescherming van oprecht gezinsleven niet ondergeschikt aan de financiële draagkracht van de betrokkenen.

**109.** In geval van een schijnrelatie zou de borgsom systematisch kunnen worden ingehouden, ook al is niet bewezen dat de borgsteller van kwade trouw is.

Aan kwade trouw kan tevens een strafrechtelijke sanctionering worden verbonden.

**110.** Personen met een wettelijk samenwonersstatuut zouden overigens een *recht* op gezinshereniging kunnen worden verleend. We menen dat ons voorstel tot algemene verstrenging van de voorwaarden om een recht op zelfstandig verblijf te verwerven (zie bespreking strijd tegen schijnhuwelijken) kan volstaan als waarborg tegen schijnrelaties. De hulp- en bijstandplicht die voortvloeit uit het statuut verleent dezelfde waarborgen als in geval van huwelijk. Er is o.i. dan ook geen reden om het gezinsleven van wettelijk samenwonenden in het verblijfsrecht minder te beschermen dan het gezinsleven van gehuwden.

**111.** Er zou werk kunnen worden gemaakt van eenzelfde strijd tegen schijnsamenwoningen als tegen schijnhuwelijken voor wat betreft de preventie van fraude, voor wat betreft de samenwoonstcontrole (waarvan we voor het huwelijk een verlenging voorstellen, zodat – bij uitbreiding van dat voorstel naar samenwoners – de controleduur voor samenwoners niet drastisch zou worden ingeperkt in vergelijking met de huidige regeling) en voor wat betreft de late verwerving van een recht op zelfstandig verblijf (voor gehuwden voorgesteld op vier jaar – vgl. met 3 ½ jaar voor samenwoners onder de huidige regeling bij Omz. van 30 september 1997).



## C. DE DOORWERKING IN HET HUWELIJKS- EN HET AFSTAMMINGSRECHT VAN DE WIJZE WAAROP WORDT OMGEGAAN MET HET VERBOD OP POLYGAMIE

### C.1. FAMILIERECHT

**112.** Ons voorstel m.b.t. het leerstuk van de polygamie bestaat erin het beginsel van de goede trouw en de bescherming van de zwakke partij centraal te stellen. Niet alleen beogen we om de partner te goeder trouw ook in dit verband bij nietigverklaring van het huwelijk – een rechtshandeling die we verkiezen boven de situatie van niet-recht die voortvloeit uit een weigering om het huwelijk te erkennen – het voordeel van een putatief huwelijk te verlenen. Tevens menen we dat de tweede echtgenote te goeder trouw vermogensrechtelijk beschermd dient te worden, onder dezelfde garanties als het echtscheidingsrecht daartoe biedt. We stellen voor om haar een onderhoudsuitkering toe te kennen bij behoefte.

**113.** We menen a.h.v. ons voorstel om een onderscheid te maken tussen vreemdelingen, op grond van hun al dan niet stabiele verblijfpositie, de notie ‘goede trouw’ reeds *a priori* te kunnen aflijnen.

Verbleef de partner die om het voordeel verzoekt reeds op het ogenblik van de huwelijkssluiting op stabiele wijze in België, dan menen we dat hij of zij het huwelijk slechts te kwader trouw kan zijn aangegaan (in toepassing van het *adagium* ‘*nemo censetur ignorare legem*’). Hij of zij had moeten weten dat een polygaam huwelijk onverenigbaar is met onze openbare orde. Slechts als de man kan aantonen dat het een situatie van ongewenste polygamie betreft<sup>43</sup> of de tweede echtgenote kan aantonen dat ze niet op de hoogte was van de polygamie, omdat die door de man was verzwegen en ook bij de huwelijksvoltrekking niet aan het licht was gekomen, kan alsnog goede trouw worden aangenomen.

T.b.v. vreemdelingen zonder stabiele verblijfpositie kan de beoordeling van de goede trouw steunen op de concrete omstandigheden. Men zal gemakkelijker het voordeel van een putatief huwelijk worden verleend, tenzij ze op het ogenblik van de huwelijksvoltrekking reeds hadden geopteerd voor de toepassing van een familiewet die polygamie verbiedt. In hoofde van de polygame man kan bovendien kwade trouw worden aangenomen, wanneer de personele wet van zijn eerste echtgenote reeds bij de voltrekking van het eerste huwelijk polygamie verbood en dat nog steeds doet. Is de man met zijn eerste echtgenote gehuwd onder monogaam statuut en verwerft hij later de nationaliteit van een Staat waarvan de rechtsorde polygamie toelaat, dan kunnen de omstandigheden

---

<sup>43</sup> Nieuw huwelijk, voorafgaand aan een rechterlijke weigering om de ontbinding van een vorig huwelijk te erkennen, mits die weigering steunt op gronden waarvan aannemelijk is dat de man ze niet had voorzien.

waarin het eerste huwelijk tot stand is gekomen en werd beleefd, zoals een verbod van polygamie in de Staat van voltrekking én van eerste vestiging van het eerste huwelijk, reeds bij de sluiting van het eerste huwelijk de verwachting hebben gewekt dat de man een monogaam statuut zou behouden<sup>44</sup>. Doet hij dat niet, dan kan o.i. eveneens onweerlegbaar kwade trouw worden vermoed.

**114.** De langstlevende zou erfgerechtigd zijn mits de nietigverklaring na het overlijden van de polygame erflater heeft plaatsgevonden.

**115.** Tevens zou kunnen worden overwogen om aan het voordeel van een putatief huwelijk de toekenning van een nieuw recht te koppelen, m.n. het recht op een onderhoudsuitkering voor de tweede en/of verdere echtgenote die op regelmatig wijze in België verblijft.

**116.** Om te beoordelen welke familierechtelijke gevolgen kunnen worden verbonden aan het putatieve huwelijk van de polygame man te goeder trouw (die nog niet op stabiele wijze in België verblijft), is het aangewezen om vooreerst na te gaan a.h.v. de *lex secundi matrimonii*, de wet die de rechtsgevolgen van het polygame huwelijk regelt<sup>45</sup>, welke rechtsgevolgen naar I.P.R. in beginsel worden verbonden aan het huwelijk. Vervolgens kan a.h.v. een toets aan de BIPOO worden nagegaan of die gevolgen in België kunnen worden erkend. Doorstaat het gevorderde gevolg de toetsing, dan wordt in een tweede stap de *lex primi matrimonii*, de wet die de rechtsgevolgen van het eerste huwelijk van de polygame man regelt, geraadpleegd om na te gaan of de doorgang van het rechtsgevolg de belangen van de eerste echtgenote niet tezeer schendt. Dat is het geval als zij redelijkerwijze de verwachting kon hebben gehad dat het huwelijk definitief monogaam zou zijn, m.n. als beide partners niet dezelfde nationaliteit hebben en de wet van de plaats van de eerste huwelijkssluiting polygamie verbiedt. We menen dat in dat geval in het belang van de eerste echtgenote alsnog kan worden geweigerd om het gevorderde rechtsgevolg te verbinden aan het tweede huwelijk.

**117.** Het belang van de tweede of verdere echtgenote te goeder trouw bij de bescherming van haar rechtspositie kan evenwel best primeren op het belang van de eerste echtgenote om geen nadeel te ondervinden van het polygame huwelijk. Daarom stelden we hierboven voor om haar bij aanneming van goede trouw te beschermen, ook al ondervindt de eerste echtgenote hiervan nadeel. Wél kan het belang van de eerste echtgenote die zich redelijkerwijze aan een monogaam huwelijk kon verwachten, rechtvaardigen dat een inspanning wordt geleverd om de financiële last van het polygame huwelijk zoveel mogelijk bij de

<sup>44</sup> De *lex matrimonii* van het eerste huwelijk kan m.a.w. de belangen van de eerste echtgenote beschermen. In tweede orde kan de *lex fori* dat doen, na tussenkomst van de BIPOO-exceptie. Dergelijke beoordeling dient evenwel uitzonderlijk te blijven: in beginsel hanteren we slechts een vermoeden van kwade trouw als het tweede huwelijk wordt aangegaan op een ogenblik dat de man reeds op stabiele wijze in die Staat verblijft.

<sup>45</sup> I.e. de gemeenschappelijke nationale wet of, bij gebreke, de wet van de eerste echtelijke verblijfplaats van de polygaam gehuwden.

polygame man persoonlijk te leggen en de levensstandaard van de eerste echtgenote zo weinig mogelijk aan te tasten<sup>46</sup>.

## C.2. GEZINSHERENIGINGSRECHT

**118.** Wat het verblijfsrecht betreft, bepleiten we een onvoorwaardelijk optierecht voor de eerste echtgenote, i.t.t. het huidige "*first comes, first takes*"-beginsel. Zodra een polygame man verzoekt om gezinshereniging van een andere dan zijn eerste echtgenote, zou kunnen worden gevergd dat hij een schriftelijke instemming van de eerste echtgenote voorlegt, waarin zij afstand doet van haar recht op gezinshereniging (*opting-out*). Als hij vervolgens aantoonst dat hij een effectief gezinsleven heeft met de echtgenote voor wie hij de gezinshereniging aanvraagt, kan haar een toelating tot het verblijf worden verleend, mits aan het huwelijk geen andere gebreken kleven.

**119.** Het polygame huwelijk zou daarmee niet zonder meer worden erkend in België. Dat gebeurt ook vandaag niet onder de *first come, first take*-regel, als grondslag van gezinshereniging voor de tweede of volgende echtgenote. Het recht op verblijf kan worden beschouwd als een aanvaardbaar rechtsgevolg van het niet-erkenbare polygame huwelijk.

**120.** Bij wijze van overgangsregeling, *i.e.* zolang niet met zekerheid kan worden aangenomen dat de eerste echtgenote definitief aan *opting-out* heeft gedaan, menen we dat gezinshereniging aan de eerste echtgenote moet worden toegestaan, ook als inmiddels een tweede of verdere echtgenote bij de man verblijft. De tweede of volgende echtgenote kan niet worden verwijderd, tenzij haar huwelijk wordt nietigverklaard en het voordeel van een putatief huwelijk haar niet wordt verleend. De toelating van de eerste echtgenote hoeft een voortzetting door de tweede echtgenote van haar verblijf m.a.w. niet in de weg te staan<sup>47</sup>.

**121.** De situatie van het kind uit het eerste huwelijk kan worden vergeleken met die van het kind van uit de echt gescheiden ouders. De juridische band van het kind met de vader is dezelfde en de feitelijke (gezins-)situatie hoeft niet te

---

<sup>46</sup> We houden daarbij rekening met het feit dat deze doelstelling nooit volledig gerealiseerd kan worden zolang de eerste echtgenote met de man gehuwd blijft, aangezien de gevolgen altijd zullen doorsijpelen in het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht. Leeft ze inmiddels feitelijk of uit de echt gescheiden van hem, dan kan bij de berekening van haar onderhoudsuitkering best slechts rekening worden gehouden met de last van het polygame gezin als dat de enige mogelijkheid is om het tweede gezin een zekere toekomst te bieden.

<sup>47</sup> Heeft de tweede echtgenote in de loop van haar huwelijk de Belgische nationaliteit verworven, dan behoudt ze overigens de Belgische nationaliteit, ongeacht of haar huwelijk al dan niet wordt nietigverklaard. De vrouw behoudt bijgevolg ook haar recht op verblijf, ongeacht de duur daarvan. In dat geval kunnen de betrokkenen bijgevolg hun polygame relatie feitelijk voortzetten.

Zie ook R.v.St., arrest-Ben Hida: polygamie volstaat op zich niet om het verblijf strijdig te verklaren met de openbare orde. Heeft de vrouw voldoende lang in België verbleven om een zelfstandig recht op verblijf te verwerven, dan kan ze via de verlening van het voordeel van een putatief huwelijk recht op voortgezet verblijf genieten. Louter illegaal verblijf verleent haar geen rechten, maar hoeft een regularisatie niet te beletten, ook niet als het plaatsvond in het kader van polygamie: R.v.St., arrest-Ben Hida.

verschillen. Integendeel, ingeval van polygamie is het polygame gezinsleven door de betrokkenen vaak gewenst en zou ook de andere vrouw mogelijk graag het feitelijke gezinsleven voortzetten in België. Komt er een eind aan het familieleven, dan ligt dat vaak aan redenen buiten hun wil, m.n. aan de Belgische Vreemdelingenwet die het familieleven tussen man en vrouw niet erkent en vervolgens ook de kinderen de toegang weigert omwille van deze niet-erkenning. Ook een langdurige scheiding hoeft gezinshereniging o.i. niet in de weg te staan, mits de aanvraag tot gezinshereniging in een vroeg stadium is geformuleerd (maar is afgewezen omwille van de polygame gezinsrelatie) en voldoende pogingen zijn ondernomen om de contacten te onderhouden.

**122.** Aangezien de Dienst Vreemdelingenzaken inzake gezinshereniging na echtscheiding de soepelste Raad van State-rechtspraak volgt, moet een loutere toestemming van de moeder-echtgenote in het buitenland ook in dit verband kunnen volstaan voor de gezinshereniging. De rechtgevende, niet-verzorgende ouder moet daarbij niet noodzakelijk veelvuldig contact hebben met het kind of de betaling van een onderhoudsbijdrage bewijzen.

**123.** Weigert de moeder haar toestemming, dan kan de man alsnog indirect worden gemachtigd om de kinderen bij zich te nemen als hij kan aantonen dat hij het recht van materiële bewaring heeft en het vonnis tot verstrekking daarvan voldoet aan de erkenningsvoorwaarden van art. 570 Ger.W.<sup>48</sup>.

**124.** Het gelijkheidsbeginsel impliceert dat ook het kind uit het tweede huwelijk, wiens moeder de vader niet kan vervoegen, aanspraak kan maken op een recht op hereniging met de vader, mits het vanzelfsprekend, evenals in de hypothese van een echtscheiding, daartoe de toelating van de moeder heeft gekregen of onder het (erkende) bewaringsrecht van de vader ressorteert.

**125.** Na beëindiging van het eerste huwelijk, en daarmee van de polygame gezinssituatie heeft de tweede echtgenote o.i. recht op erkenning van haar huwelijk en op gezinshereniging. Dit wordt vandaag nog niet algemeen erkend. Slechts over de geldigheid van het tweede huwelijk na nietigverklaring van het eerste huwelijk bestaat consensus. De beoogde erkenning sluit het risico op schijnechtscheidingen en op eenzijdige verstotingen weliswaar niet uit<sup>49</sup>. Dit risico verantwoordt evenwel niet dat algemeen elke erkenning van het tweede of volgende polygame huwelijk zou worden geweigerd bij echtscheiding van de eerdere echtgenote(s).

<sup>48</sup> Cf. *supra*, deel 2C. De Dienst Vreemdelingenzaken deelde ons mee dat ze vandaag reeds deze oplossing hanteert: Communicatie Dienst Vreemdelingenzaken 17 december 2001.

<sup>49</sup> Het is aangewezen om te vermijden dat de huwelijksontbinding wordt aangewend als tactiek om, gecombineerd met een recht op voortgezet verblijf voor de voormalige echtgenote, alsnog een feitelijke polygame gezinsbeleving in België mogelijk te maken. Een preventieve actie daartoe is even moeilijk te voeren als een strijd tegen schijnhuwelijken. Vermoedelijk zal men slechts achteraf kunnen optreden tegen fraude, via een nietigverklaring van de echtscheiding en daarmee ook van het opvolgende huwelijk.

## BESLUIT

**126.** Ons onderzoek heeft mettertijd steeds meer de vorm aangenomen van een rechtvaardigheidsbetrachting. Uitgaande van het gelijkheidsbeginsel hebben we onze aandacht verruimd tot andere algemene rechtsbeginselen, zoals de bescherming van het gezinsleven, het belang van het kind, de nood aan rechtzekerheid, het nastreven van nationale en internationale beslissingsharmonie.

**127.** We hebben vele voorstellen geformuleerd en daarbij gepoogd om rekening te houden met meerdere doelstellingen: enerzijds met het belang om juridische gezinsvorming zo ruim mogelijk toe te staan (*favor matrimonii, favor relationis*), anderzijds met het belang om schijnrechtshandelingen te voorkomen en te sanctioneren.

**128.** Onze doelstelling is samen te vatten tot één enkele: komen tot een optimale bescherming van oprecht gezinsleven, zowel in de nationale als in de internationale rechtssfeer.

**129.** Voor het gezinsherenigingsrecht heeft deze betrachting, met het oog op een optimale bescherming van de meest intieme familiekring, niet steeds tot gevolg dat een recht op gezinshereniging voor elke situatie van oprecht gezinsleven wordt bepleit. Een pleidooi voor open grenzen, ook al zou dat principe worden beperkt tot familieleden, dreigt de kwaliteit van de globale bescherming van het familieleven te zeer aan te tasten.

**130.** Vanuit deze achtergrond kunnen onze voorstellen worden gelezen. We hopen dat ze de toets van hun praktische haalbaarheid grotendeels kunnen doorstaan.

# OVERZICHTSTABELLEN

## DE LEEFTIJDVEREISTE

	Familierechtelijk I.P.R.	Gezinshereni- gingsrecht		Familierechtelijk I.P.R.	Gezinshereni- gingsrecht
Huwbare leeftijd	<p>toepassing buitenlands recht tenzij dit <i>in casu</i> zou leiden tot een kinderhuwelijk (geen ondergrens bepaald)</p> <p>kent de <i>lex patriae</i> geen <u>dispensatieregeling</u>, dan is dispensatie niet mogelijk</p> <p>Bij <u>overtreding</u> van aangewezen buitenlands recht: toepassing buitenlandse nietigheidsgronden</p>	<p><b>gemeen recht:</b> toegestaan vanaf 18 jaar</p> <p><b>afwijkingen:</b> - art. 40 Vw. (EU): toegestaan zodra geldig huwelijk - art. 9 Vw. (derdelanders): machtiging mogelijk op jongere leeftijd</p> <p>(D.V.Z. verleent ook bij kinderhuwelijk systematisch een machtiging op de leeftijd van 18 ½ jaar, mits het huwelijk met geldige toestemming is aangegaan)</p>	<p><b>Familierecht:</b> * min of meer 15 jaar als richtlijn (V.N.-Resolutie 2018 van 01/11/'65; Aanbev. Haagse Confer., Aanbev. C.I.E.C.)</p> <p>* art. 16 Vrouwenverdrag en art. 9 j° 23 Europees Handvest: gelijke huwbare leeftijd voor man en vrouw</p> <p><b>Gezinshereni- gingsrecht:</b> geen concrete bepalingen: discretionaire bevoegdheid Staten (wel meerdere bepalingen m.b.t. het algemene beginsel van recht op gezinshereniging voor de huwelijkspartner)</p>	<p><b>Stabiel verblijf:</b> toepassing van Belgisch familierecht (dispensatie mogelijk vanaf 15 jaar)</p> <p><b>Niet-stabiel verblijf:</b> - optierecht (tenzij voorheen reeds aanknoping bij één van de aangewezen wetten) - bij optie voor buitenlands recht: correcties d.m.v. B.I.P.O.O.-exceptie in functie van volgende minimumvereisten: - minstens vijftien jaar oud bij huwelijkssluiting - <u>dispensatie</u> moet steeds overwogen kunnen worden vanaf vijftien jaar, ook als het aangewezen recht hier niet in voorziet</p> <p>Erkenning buitenlands huwelijk in België: zelfde criteria (geen verzachte werking, wegens belang strijd tegen kinderhuwelijken)</p> <p>Bij <u>overtreding</u> van aangewezen buitenlands recht: buitenlandse nietigheidsgronden, MAAR steeds dekking van de nietigheid vanaf leeftijd van 18 ½ jaar</p>	<p>Elk geldig huwelijk, mits één partner 18 jaar oud is</p> <p><b>geen verschil in behandeling</b> op grond van nationaliteit</p> <p><u>Indien beide partners reeds in België verblijven:</u> bij zwangerschap beneden de leeftijd van vijftien jaar: recht op voortgezet verblijf tot de betrokkenen een leeftijd hebben waarop ze kunnen huwen (ter bescherming van het inmiddels gevormde feitelijke gezinsleven)</p> <p>Indien <u>nog geen gezamenlijk verblijf in België</u>, zullen de partners moeten wachten op gezinshereniging tot ze beiden de huwbare leeftijd hebben bereikt</p>

## DE TOESTEMMINGSVEREISTE

	Familiererechtelijk I.P.R.	Gezinsherenigingrecht		Familiererechtelijk I.P.R.	Gezinsherenigingrecht
Ouderlijke instemming voor minder-jarigen	<p><u>Soepeler buitenlands recht</u> wordt toegepast (i.t.t. Franse rechtspraak dat de Franse bepalingen overwegend toepast als minimumnorm)</p> <p><u>Strenger buitenlands recht</u> wordt toegepast</p>	<p>Geen casuïstiek bekend</p> <p>Slechts geldig huwelijk geeft recht op gezinshereniging (beoordeling volgens aangewezen familierecht)</p>	<p><b>* algemene vereiste:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Verenigbaar met art. 12 E.V.R.M. (zie o.m. E.C.R.M., zaak-Khan t. V.K.) en met art. 2 V.N.-Verdrag 1962 (bindt België niet)</li> <li>- I.V.R.K. bevat geen concrete bepalingen in dit verband</li> <li>- CIEC-Aanbeveling betreffende het recht om te huwen: een vervangende rechterlijke machtiging moet steeds mogelijk zijn</li> </ul> <p><b>* Ongelijke behandeling op grond van geboorte</b> (bv. slechts vereiste t.a.v. huwelijkse kinderen) schendt o.m. art. 12 j° 14 E.V.R.M. en art. 9 j° 21 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (toepassingsgebied beperkt tot de E.U.)</p>	<p><u>Soepeler buitenlands recht</u> toepassen, binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel (slechts t.a.v. vreemdelingen zonder stabiele verblijfsspositie op wie voorheen de soepelere <i>lex patriae</i> of wet van voormalig stabiel verblijf werd toegepast of die opteren voor de toepassing ervan)</p> <p><u>Strenger buitenlands recht</u> toepassen, binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel, mits:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- de vereiste niet langer wordt toegepast dan tot het bereiken van de meerderjarigheid</li> <li>- een vervangende rechterlijke machtiging steeds mogelijk is</li> </ul>	<p>slechts geldig huwelijk geeft recht op gezinshereniging (beoordeling volgens aangewezen familierecht – zie voorstel inzake familierecht)</p>
Ouderlijke instemming voor meerder-jarigen	<p>Geen rechtspraak bekend</p> <p>(Nederlandse Hoge Raad: toepassing is</p>	<p>Geen casuïstiek bekend (vermoedelijk aanpak <i>cf. supra</i>)</p>	<p><b>* Algemene vereiste:</b></p> <p>O.i. onverenigbaar met art. 12 E.V.R.M. (evenwel geen internationale jurisprudentie)</p> <p><b>* Ongelijke behandeling van</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- buitenlandse vereiste niet toepassen: B.I.P.O.O.</li> <li>- huwelijk dat in het buitenland is aangegaan in overtreding van buitenlands beletsel in deze zin: erkennen</li> </ul>	<p>Niet toelaatbaar dat een overtreding van het beletsel de gezinshereniging in het gedrang brengt</p>

	aangewezen)		man en vrouw schendt o.m. art. 12 j° 14 E.V.R.M., art. 16 Vrouwenverdrag en art. 9 j° 23 Europees Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (toepassingsgebied beperkt tot de E.U.)		
Instemming administratieve overheid	Geen rechtspraak bekend	Geen casuïstiek bekend (vermoedelijk aanpak <i>cf. supra</i> )	<p>* <b>Instemmingsvereiste</b> is onverenigbaar met art. 12 E.V.R.M. (E.C.R.M., zaken-Hamer en -Draper: expliciet in die zin m.b.t. vereisten t.a.v. gedetineerden)</p> <p>* <b>Administratieve formaliteiten</b>, zoals bv. een voorafgaande geschreven verklaring van de vreemdelingendienst, zijn:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- in beginsel toelaatbaar E.C.R.M., zaak-Klip en Krüger t. Nederland)</li> <li>- niet toelaatbaar indien slechts opgelegd aan vreemdelingen of belijders van een bepaalde religie (strijdig met: art. 5 D- IV anti-discriminatieverdrag (zie ook V.N.-Comité voor de Mensenrechten, zaak-Lovelace ), art. 12 j° 14 E.V.R.M. en art. 9 j° 21 Handvest van de Grondrechten van de E.U.</li> </ul>	<p>- dergelijke buitenlandse vereiste schendt de B.I.P.O.O (Nederlandse en Franse rechtspraak in die zin): niet toepassen</p> <p>- een huwelijk dat in het buitenland is aangegaan in overtreding van buitenlands beletsel, kan worden erkend, als het voorts geldig is aangegaan</p>	Het feit dat genoemd beletsel is overtreden, is irrelevant voor de erkenning van het huwelijk in het licht van het gezinsherenigingsrecht
Huwelijk bij volmacht	Geldig mits geldige toestemming en	Toegelaten bij geldig huwelijk	* De Haagse Huwelijksverdragen van 1902 en 1978 (binden België niet) en het	Geldig mits geldige toestemming en mits toegelaten door <i>lex loci celebrandi</i> (m.a.w.: behoud van huidige regeling)	Geldig mits het huwelijk in het buitenland is aangegaan en het is



	mits volmachtvorm is toegelaten door <i>lex loci celebrandi</i> (kwalificatie als vormvoorwaarde)		<p>Vrouwenverdrag bevatten ter zake geen bepalingen</p> <p>* Het V.N.-Huwelijksverdrag van 1962: een huwelijk bij volmacht is mogelijk onder beperkende voorwaarden (o.m. registratie toestemming, meerdere reserves) (Verdrag bindt België niet)</p> <p>* de CIEC-Aanbeveling van 1976 (bindt België niet): slechts uitzonderlijk toegelaten, mits verschijning van één partner</p>	<p>Gezien de kwalificatie als vormvereiste treedt <b>geen verschil in behandeling op tussen stabiele en niet-stabiele verblijfhouders</b> (soepeler dan m.b.t. postuum of retroactief huwelijk, omdat daarbij aan een grondvereiste (toestemming) wordt geraakt en fraude door <i>shopping</i> dient te worden vermeden)</p>	<p>ingeschreven in het bevolkingsregister of vreemdelingenregister (naargelang van de nationaliteit van de rechtgevende partner), m.a.w.: Gezinshereniging moeilijk bij burgerrechtelijke erkenning van het huwelijk</p>
Postuum huwelijk	erkenning van een postuum huwelijk als het (in het buitenland) is aangegaan in overeenstemming met de <i>lex loci celebrandi</i>	Aangezien het huwelijk niet kan worden beleefd, is niet aan de voorwaarden voor gezinshereniging voldaan	<p>* Haagse huwelijksverdragen van 1902 en 1978 bepalen niets in dit verband</p> <p>* de CIEC-aanbeveling van 1976 wijst het postume huwelijk af</p>	<p>Geen toelating van postume huwelijksluiting in België</p> <p><u>Slechts erkenning</u> van buitenlandse postume huwelijksluiting <u>als</u>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- cf. <i>lex loci celebrandi</i>,</li> <li>- <u>geen stabiele verblijfpositie</u> op het ogenblik van de huwelijksluiting en optie voor behouden aanknoping bij <i>lex patriae</i> of bij wet van Staat van vroegere stabiele verblijfpositie</li> <li>- de door het I.P.R. aangewezen wet laat een postume huwelijksluiting toe (bij optie voor Belgisch recht menen we dat een buitenlandse postume huwelijksluiting is ingegeven door <i>fraude à la loi</i>) en</li> <li>- geldige huwelijks toestemming</li> </ul> <p>Bij <u>overtreding</u> vereisten: absolute nietigheid, zonder mogelijkheid om het voordeel van een putatief huwelijk te genieten</p>	Geen gezinshereniging, aangezien geen samenwoning meer mogelijk (wegens het overlijden van één van de partners)

Retro-actief huwelijk	<p>* een rechterlijk bevestigd retroactief huwelijk of bij wet bevestigd regularisatie-huwelijk wordt <u>erkend</u>, tenzij de gevolgen van de terugwerking de openbare orde stuiten (bv. bij polygamie)</p>	<p>Geen casuïstiek bekend.</p> <p>De houding t.a.v. de retroactieve werking is hoedanook irrelevant: er moet slechts recht op gezinshereniging bestaan op het ogenblik van de aanvraag. Op dat ogenblik heeft de huwelijkstoestemming hoedanook officieel neerslag gekregen.</p> <p>Zaak die het nauwst bij de materie aansluit: R.v.St. 4 maart 1993, <i>T. Vreemd</i> 1994, 18: erkenning van Australisch <i>de facto</i> huwelijk wegens geldig naar Australisch recht. Gezinshereniging toegestaan</p>	<p>Internationaal verdragsrecht bevat geen concrete bepalingen in dit verband</p>	<p>* <u>Erkenning</u> van het huwelijk via een kwalificatie van de akte tot retroactieve vaststelling van het huwelijk als vervangende huwelijksakte, <u>tenzij overtuigende feiten de inhoud van de akte kennelijk weerleggen</u>, Overtuigende feiten zijn o.m.: - de retroactiviteit gaat in op een ogenblik waarop de betrokkene verbleef in een andere Staat dan de Staat waar het retroactieve huwelijk wordt geakteerd, als deze eerste Staat niet voorafgaandelijk is verzocht om een bevestiging van het huwelijk. - beide partners woonden in de periode die de aktering voorafgaat niet samen of deden dat wél, maar dan na gezinshereniging van één van hen op grond van buitenhuwelijkse samenwoning (tenzij de ontstentenis van samenwoning kan worden verantwoord)</p> <p>* <u>Bij dergelijke weerlegging</u>: Binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel zou het huwelijk alsnog <u>erkenbaar</u> zijn vanaf het ogenblik dat de geformaliseerde toestemming is gegeven, m.a.w. <u>vanaf de aktering</u> van het retroactieve huwelijk door de buitenlandse ambtenaar of rechter.</p> <p>* Wordt de geldigheid van het huwelijk burgerrechtelijk beoordeeld op een ogenblik waarop <u>reeds gezinshereniging heeft plaatsgevonden</u> op grond van huwelijk, dan kan de beoordeling van het huwelijk bij de toelating tot het verblijf mee in overweging worden genomen bij de beoordeling van de</p>	<p>Bij erkenning van een geldig huwelijk kan een recht op gezinshereniging ontstaan</p>
-----------------------	--	--	---	--	---

				geldigheid van het retroactieve huwelijk	
Dwang	<p>Verbod van huwelijksdwang</p> <p>Bepaalde rechters steunen zich op <u>integratiebewijzen</u> om te oordelen dat de betrokkene voldoende geëmancipeerd is om zich tegen dwang te verzetten</p> <p>Bepaalde rechters steunen zich op <u>religieus geïnspireerde argumenten</u> om huwelijksdwang in bepaalde situaties door de vingers te zien</p> <p>Het onderscheid tussen een <u>gearrangeerd huwelijk</u> en een gedwongen huwelijk is soms vaag</p>	<p>een persoon die onder dwang is uitgethuwelijkt en gedurende geruime tijd in het land van huwelijks verblijf heeft verbleven (tengevolge waarvan zijn/haar recht op terugkeer is verlopen), wordt tot terugkeer bij de ouders gemachtigd tot de leeftijd van dertig jaar of onbeperkt als hij in België is geboren, mits hij inmiddels sinds tien jaar in België verbleef (Omz. 5 februari 1996)</p>	<p>Algemeen verbod naar internationaal recht:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>expliciet</u>: art. 23, tweede lid I.V.B.P.R.</li> <li>- <u>impliciet</u> (beginsel van de vrije huwelijks toestemming): <ul style="list-style-type: none"> <li>- art. 12 E.V.R.M.</li> <li>- art. 16, tweede lid, 1 b</li> <li>- Vrouwenverdrag</li> <li>- art. 1 V.N.-Huwelijksverdrag 1962 (bindt België niet)</li> <li>- art. 11 Haags Huwelijksverdrag 1978 (bindt België niet)</li> <li>- Vluchtelingenverdrag</li> <li>- art. 16 U.V.R.M.</li> <li>- art. 19 Décl. Univ. des droits de l'homme en Islam</li> </ul> </li> </ul>	<p>Huwelijksdwang valt nooit uit te sluiten, <u>ongeacht de graad van integratie</u></p> <p><u>Religieus geïnspireerde argumenten</u> hebben hoogstens een feitelijke waarde en kunnen de beoordeling van aanwezigheid van of ontstentenis van dwang niet los van de concrete gegevens beïnvloeden (de plaats van de rechtsfiguur van de huwelijksvoogd in het buitenlandse recht volstaat noch om te besluiten dat de vrije toestemming steeds is aangetast, noch om te besluiten dat, wegens de expliciete vereiste van een vrije toestemming, nooit sprake is van dwang)</p> <p>Aandacht voor de geldigheid van een <u>gearrangeerd huwelijk</u></p>	<p>wordt het huwelijk nietigverklaard, dan kan via het <u>oordeel van een putatief huwelijk</u> alsnog recht op voortgezet verblijf worden verleend</p>

Dwaling	<p>- Geen dwaling om <u>essentiële eigenschappen</u> buiten de fysieke verschijning en de burgerlijke staat (wel tendens toe)</p> <p>- Geen rechts-dwaling</p> <p>- Geen bedrog (wel tendens toe)</p>	Gezinshereniging bij geldig huwelijk	<p>Internationaal verdragsrecht bevat geen concrete bepalingen in dit verband (slechts impliciet via de algemene vereiste van een geldige toestemming, cf. <i>infra</i>)</p>	<p>Behoud van de huidige criteria</p> <p><i>Contra</i> een verruiming van de dwalingsgronden (dreigt de afgrenzing met de echtscheidingsgronden te bemoeilijken)</p>	Behoud van huidige regeling
Schijn-huwelijk	<p>De nietigheids-sanctie beperkt zich hoofdzakelijk tot de hypothese van veinzing met verblijfsoogmerk</p> <p>De rechterlijke <u>motivering</u> van een nietigverklaring is soms onduidelijk (motivering vs situatieschets)</p> <p>Dwang vs schijn vs zakelijk</p>	<p>* <u>Ongelijke behandeling op grond van de nationaliteit</u> van de samenwoonst-controle</p> <p>* <u>Snelle verwerving van een zelfstandig recht op verblijf</u></p>	<p>* <u>strijd tegen schijnhuwelijken:</u> <u>Expliciet:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Europese Resolutie 4 december 1997</li> <li>- Voorstel van gezinsherenigingsrichtlijn</li> </ul> <p><u>Impliciet</u>, via de vereiste van een geldige toestemming:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- art. 12 E.V.R.M.</li> <li>- art. 16 Vrouwenverdrag</li> <li>- art. 23 I.V.B.P.R.</li> <li>- V.N.-Huwelijksverdrag 1962 (bindt België niet)</li> </ul> <p>* <u>twee Europese richtlijnen in voorbereiding</u> inzake gezinshereniging, recht op voortgezet verblijf en duurzaam verblijf beogen de <u>verwerving van een recht op zelfstandig</u></p>	<p>bestrijding van andere schijnhuwelijken via de (vroeger algemeen gehanteerde) theorie van de virtuele nietigheid</p> <p>Duidelijke <u>motivering</u> (binnen de grenzen van het mogelijke, aangezien niet meer kan worden aangereikt dan een overtuigend geheel van vermoedens), met aandacht voor het onderscheid tussen een situatieschets en overtuigingselementen</p> <p><u>waakzaamheid</u> voor wraakpogingen (mogelijk was het huwelijk oprecht, maar is</p>	<p>* Ernstige invulling van de notie 'samenwoning'</p> <p><u>Gelijkschakeling van de controletermijn</u></p> <p><u>verlenging van de controletermijn</u> tot twee jaar (voorstel van richtlijn inzake gezinshereniging bij derdelander: max. 4 jaar)</p> <p>* <u>zelfstandig recht op verblijf na bv. vier jaar</u> (cf. voorstellen van richtlijn)</p> <p><u>voorheen reeds recht op voortgezet verblijf</u></p>

	<p>huwelijk vs mislukt huwelijk: vage afgrenzing</p> <p><u>Nietigheids- grond verjaart niet</u></p>	<p>* <u>Bij nietigverklaring vervalt de verblijfsground retroactief</u> (Steeds verwijdering, aangezien goede trouw <i>in casu</i> niet denkbaar is (een schijnhuwelijk is op toegang tot het verblijf gericht))</p>	<p><u>verblijf te verstrengen</u></p>	<p>het snel fout gelopen)</p> <p>mogelijkheid om na verloop van tijd (vier jaar ononderbroken samenwoning bv.) de <u>nietigheid te dekken</u> a.h.v. het bewijs van een ononderbroken samenwoning</p>	<p><u>mits:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- overlijden rechtgevende en inmiddels <i>connections</i> met Belgische rechtsorde</li> <li>- ontbinding huwelijk na ten vroegste twee jaar en inmiddels <i>connections</i> (soepeler indien reeds kinderen in België of schrijnende situatie)</li> <li>- nietigverklaring huwelijk, <i>connections</i> en voordeel van een putatief huwelijk</li> <li>- betrokkene een EU- onderdaan is (in dat geval laat het beginsel van recht op vrij verkeer toe dat betrokkene zijn verblijf voortzet op grond van één van de voorwaarden voor vrij verkeer (zie voorstel EU- Richtlijn voor Unieburgers))</li> </ul>
--	---	--	---------------------------------------	---	---

## DE VERWANTSCHAPSBELETSELEN

	Familie recht B.I.P.O.O.	Verwantschaps recht		Familie recht B.I.P.O.O.	Verwantschaps recht
Bloedverwantschap	<p><u>* Buitenlands strenger recht:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- wordt toegepast, tenzij strijdig met B.I.P.O.O.</li> <li>- ook beletsel t.a.v. samenwoners wordt vermoedelijk toegepast</li> </ul>	<p>Geen specifieke recht-spraak bekend</p> <p>Ver-moede-lijk beoor-deeling cf. familie-recht</p>	<p><u>* Art. 11 Haags Huwelijksverdrag 1978</u> (bindt België niet):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- erkenning buitenlands huwelijk kan slechts worden geweigerd als de partners ouder en kind of broer en zus zijn</li> <li>- j° art. 2: optie tussen <i>lex patriae</i> en <i>lex loci celebrandi</i>: elke huwelijksluitende Staat kan het eigen recht toepassen en m.a.w. weigeren om buitenlands strenger of soepeler recht toe te passen; elke tot erkenning verzochte Staat kan genoeg nemen met een toepassing van de <i>lex loci</i></li> </ul> <p><u>* Art. 2 Haags Verdrag 1902</u> (bindt België niet):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- een Verdragsstaat kan steeds de eigen verwantschaps-beletselen toepassen op onderdanen van een andere Verdragsstaat.</li> </ul>	<p><b>Binnen de grenzen ons aanknopingsvoorstel:</b></p> <p><u>* Buitenlands strenger recht:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Bij huwelijksluiting in België:</i> toepassen, ook als het buitenlandse recht er een nietigheidsgrond van maakt</li> <li>- <i>Bij huwelijksluiting in het buitenland:</i> toepassen als verbiedend beletsel, tenzij het beletsel onze B.I.P.O.O. stuit <ul style="list-style-type: none"> <li>- zie ook art. 2 j° 11 Haags Verdrag 1978: elke tot erkenning verzochte Staat kan genoeg nemen met een toepassing van de <i>lex loci</i> (en kan de <i>lex patriae</i> m.a.w. negeren);</li> <li>- zie evenwel art. 1 Huwelijksverdrag 1964: de verblijfsstaat past de <i>lex patriae</i> toe, ook op gewoonlijke verblijfhouders</li> </ul> </li> </ul> <p>(België is door geen van beide Verdragen gebonden)</p> <p>- Geen verbod van incestueuze afstamming voor gemeenschappelijke kinderen tot gevolg (argument: strenger buitenlands beletsel is niet van Belgische openbare orde – belang kind primeert)</p>	<p>Bij geldig huwelijk, te beoordelen volgens voorgestelde criteria</p>

	Buitenlands soepeler recht: Toegepast, tenzij strijdig met B.I.P.O.O.		- De herkomststaat kan met inroeping van de B.I.P.O.O.- exceptie weigeren om een huwelijk te erkennen dat is aangegaan in toepassing van de soepelere bepalingen ter zake van de <i>lex loci</i>	* <u>Buitenlands soepeler recht</u> : toepassen, tenzij het Belgische recht geen dispensatie van het Belgische beletsel toelaat (in dat geval: Belgisch beletsel is van B.I.P.O.O.: toepassen op elk huwelijk dat in België wordt aangegaan, m.a.w.: toepassing Belgisch beletsel als verbiedend beletsel)	
Aanverwantschap	<i>Idem</i>	Geen recht- spraak in dit verband  Ver- moede- lijk beoor- deling <i>cf.</i> familie- recht	Art. 11 Haags Huwelijksverdrag 1978 (bindt België niet): - verbiedt (impliciet) om de erkenning van een buitenlands huwelijk te weigeren wegens aanverwantschap - laat elke huwelijkssluitende Staat de mogelijkheid om het eigen recht toe te passen en m.a.w. te weigeren om buitenlands strenger of soepeler recht toe te passen	<b>Binnen de grenzen ons aanknopingsvoorstel:</b>  * <u>Buitenlands strenger recht</u> : - <i>Bij huwelijkssluiting in België</i> : toepassen, ook als het buitenlandse recht er een nietigheidsgrond van maakt  - <i>Bij huwelijkssluiting in het buitenland</i> : toepassen als verbiedend beletsel, tenzij het beletsel onze B.I.P.O.O. stuit (zie ook art. 2 j° 11 Haags Verdrag 1978 zie evenwel art. 1 Huweliksverdrag 1964 ( <i>cf. supra</i> , bespreking onder rubriek 'bloedverwantschap'))  - Slechts verbod van <i>incestueuze afstamming</i> voor gemeenschappelijke kinderen als B.I.P.O.O. in het gedrang  * <u>Buitenlands soepeler recht</u> : toepassen	Bij geldig huwelijk, te beoordelen volgens voor- gestelde criteria
Adoptieve verwantschap	<i>Idem cf. bloed- en aanverwantschap</i>	Geen recht- spraak bekend in dit	Art. 11 Haags Huwelijksverdrag 1978: (bindt België niet)  <i>Cf.</i> regeling	* <i>Cf. bloedverwantschap</i>  * De <u>B.I.P.O.O.</u> zal minder snel geschonden zijn, gezien de louter morele grondslag van het verbod en de Belgische	Bij geldig huwelijk, te beoordelen volgens voorgestelde

		verband  Toela- ting bij geldig huwe- lijk	bloedverwantschap	dispensatiebepalingen  (Bepalingen waarvoor naar Belgisch recht geen dispensatiemogelijkheid is ingesteld, lijnen mee de werking van de B.I.P.O.O- exceptie af)	criteria
Bloedverwantschap tussen vrouwen in polygaam gezinsverband	Stelt zich niet, gezien polygamie- verbod (geen rechtspraak bekend)  hoedanook geen echt verwantschaps- beletsel	Hoedan- ook slechts recht op gezins- hereni- ging voor één echtge- note	Geen bepalingen	* <u>Beletsel rijst niet</u> , gezien het polygamieverbod  * Bij nietigverklaring van een polygaam huwelijk kan een overtreding van de vereiste evenwel mee een rol spelen in de beoordeling van de goede trouw van de man en, indien ze ervan op de hoogte was dat uit haar huwelijk een polygame gezinssituatie zou voortvloeien, mogelijk ook de tweede echtgenote	slechts recht op gezinsher- eniging voor de <u>eerste</u> <u>echtgenote</u> , <u>tenzij opting</u> <u>out</u> (zie ons voorstel verderop, deel 4, polygamie)
Spirituele verwantschap	Geen rechtspraak bekend	Geen recht- spraak bekend  (toela- ting bij geldig huwe- lijk)	Geen bepalingen (tenzij: impliciet volgens art. 11 Haags Verdrag 1978: niet toe te passen als beletsel van openbare orde (de erkenning van een huwelijk kan niet afhankelijk worden gesteld van de vervulling van dit beletsel, als het niet door de <i>lex patriae</i> of <i>lex loci celebrandi</i> (maar ev. wel door de <i>lex fori</i> ) wordt opgelegd) (Verdrag bindt België niet))	Toepassen als <u>verbiedend beletsel</u> binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel, mits de verwantschap wordt gelijkgesteld met een broer-zusrelatie (evenwel: slechts als het een bepaling van geschreven recht betreft – niet voor een louter gewoonterechtelijk beletsel)  (dit voorstel vindt steun in Haags Verdrag 1978, maar niet in Huwelijksverdrag 1964, <i>cf. supra</i> )	Geen verbod op gezinsher- eniging, aangezien slechts verbiedend beletsel



Melkverwantschap	<p>Geen rechtspraak bekend</p> <p>Geen echt verwantschaps-beletsel</p>	Geen rechtspraak bekend (toelating bij geldig huwelijk)	Geen bepalingen (tenzij: impliciet volgens art. 11 Haags Verdrag 1978: niet toe te passen als beletsel van openbare orde - Verdrag bindt België niet)	<p><u>Verbiedend beletsel</u> (ongeacht plaats van huwelijkssluiting) binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel (voorstel vindt gedeeltelijk steun in Haags Verdrag 1978, maar niet in Huwelijksverdrag 1964, cf. <i>supra</i>)</p> <p>Schept geen verbod om de afstamming van een gemeenschappelijk kind vast te stellen</p>	<p>* <u>Gezinshereniging bij huwelijk</u>, aangezien slechts verbiedend beletsel</p> <p>* <u>Als geen huwelijk</u>:</p> <p>- geen gezinshereniging op grond van melkverwantschap (stelt geen verwantschap in)</p> <p>-bij pleegzorg is zoging een louter rechtsfeit (zwakkere rechtsgrond voor gezinshereniging dan pleegvoogdij)</p>
Pleegverhoudingen, o.m. <i>kafala</i> voogdij pleegzorg	<p>Geen rechtspraak bekend</p> <p><i>Kafala</i> schept geen huwelijksbeletsel naar buitenlands recht</p>	Geen rechtspraak bekend (toelating bij geldig)	Geen bepalingen (tenzij: impliciet volgens art. 11 Haags Verdrag 1978: niet toe te passen als beletsel van openbare orde - Verdrag bindt België niet)	Toepassen, zij het binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel	Geen gezinshereniging als het aangewezen recht een huwelijk verbiedt (hypotheses)

	<p>(de betreffende rechtsordes voorzien evenmin in een huwelijksbeletsel bij pleegzorg)</p> <p>Voogdij en pleegzorg vormen in bepaalde rechtsordes wél een huwelijksbeletsel</p> <p>Alle huwelijksbeletselen worden vermoedelijk toegepast</p>	huwe- lijk)			<p>beperkter dan vandaag, aangezien ons aanknopingsvoorstel tot een ruimere toepassing van Belgisch familierecht leidt)</p>
--	--	----------------	--	--	---

## DE IMPLICIETE HUWELIJKSVEREISTEN

Familie-rech- telijk I.P.R.	Gezins- shereni- gings- recht		Familie-rech- telijk I.P.R.	Gezinssherenigingsrecht
<p>- geen specifieke I.P.R.-regeling</p> <p>- bijgevolg:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- art. 3, derde lid B.W.: <i>lex patriae</i></li> <li>- vraag naar aanpasbaarheid buitenlandse samenwonersstatuten opdat gemengde relatie zou kunnen ontstaan/ worden erkend</li> <li>- onmogelijk om een buitenlands samenwoners-</li> </ul>	<p>- geen recht op gezinsshereniging</p> <p>- Gebonden machtiging via Omz. 30 september 1997</p>	<p><b>* geen dwingende bepalingen</b></p> <p><b>* impulsen voor familierecht:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Handvest Grondrechten E.U.: opening voor ruimere invulling art. 8 en 12 E.V.R.M. (hoedanook <i>elsewhere approach</i>)</li> <li>- Voorstel Europees parl. om Verord. 1612/68 te verruimen tot samenwoners</li> <li>- voorstel Raad van Europa om Europees samenwerkingsverband op te richten met oog op harmonisatie</li> </ul> <p><b>* impulsen voor gezinsshereniging:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>voor gezinsshereniging bij EER-onderdaan</u>: H.v.J., arrest-Reed, mits betreffende Staat onderdaan met gemengde partner-verhouding beschermt evenwel: probleem: onderlinge aanpasbaarheid statuten?</li> <li>- <u>voor gezinsshereniging bij derdelander</u>: opening via</li> </ul>	<p><b>onder huidige regeling:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>adaptatie</u> van: <ul style="list-style-type: none"> <li>- PACS aan wettelijke samenwoning</li> <li>- Geregistreerd partnerschap aan huwelijk (ook al ontbreken afstammingsrechtelijke gevolgen)</li> </ul> </li> <li>- <u>Aangaan</u> van wettelijke samenwoning toestaan aan vreemdeling met personeel statuut dat een even sterk (bv. PACS) of sterker statuut (bv. geregistreerd partnerschap) toelaat</li> </ul> <p><b>voorstel:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>minimaal</u>: <ul style="list-style-type: none"> <li>- beoordeling a.h.v. aanknopingsvoorstel tweede toegangspoort (deel 2B)</li> <li>- ambtenaar van de burgerlijke stand bevoegd voor voltrekking wettelijke samenwoning</li> </ul> </li> <li>- <u>maximaal</u>: <ul style="list-style-type: none"> <li>- aanknopings bij <i>lex loci</i> voor aangaan relatie</li> <li>- erkennen relatie: <ul style="list-style-type: none"> <li>- volwaardig <i>cf. lex loci</i></li> <li>- erkennen van alle rechtsgevolgen die verenigbaar zijn met de openbare orde (m.a.w. geen beperking tot de gevolgen van wettelijke samenwoning)</li> </ul> </li> <li>- registreren in aan te leggen register</li> </ul> </li> </ul>	<p><b>onder huidige regeling:</b></p> <p>interpretatie arrest-Reed: gelijkwaardige bescherming van buitenlandse samenwonersstatuten die evenveel of meer familierechtelijke gevolgen koppelen aan de relatie</p> <p><b>voorstel</b></p> <p><u>*Voorwaarden</u> Omz. 30 september 1997 <u>versoepelen</u>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- recht op gezinsshereniging <i>cf.</i> gehuwden <i>indien</i> <u>samenwonersstatuut</u> (voldoende garantie tegen misbruik via regels van: <ul style="list-style-type: none"> <li>- uitstel van onafhankelijk recht op verblijf tot vijf jaar verblijf</li> <li>- hulp- en bijstandsplicht)</li> </ul> </li> <li>- wettelijke gebonden verblijfsmachtiging voor <u>feitelijke samenwoners</u></li> <li>- <u>verlichting</u> van de <u>borgstellingsplicht</u> (nog slechts kosten van terugkeer vanaf het</li> </ul>

statuut aan te gaan in België, ook consulair		Handvest Grondrechten E.U. denkbaar		aangaan van een samenwoningsovereenkomst, mits wederzijdse belofte tot bijdrage naar vermogen aan de lasten van de samenwoning)  * <u>strafbaarstelling schijnrelatie</u>  * <u>intrekking borgsom bij bewijs  van schijnrelatie</u> , ook als er geen bewijs is van kwade trouw in hoofde van de borgsteller
--	--	--	--	--

## BUITENLANDSE HUWELIJSBELETSELEN DIE ONBEKEND ZIJN NAAR BELGISCH RECHT

	Familierechtelijk I.P.R.	Gezinsherenigingsrecht		Familierechtelijk I.P.R.	Gezinsherenigingsrecht
Eigenlijke wachttermijn	<p>Strijdig met art. 12 E.V.R.M. (Hof Mensenrechten, arrest-F. t. Zwitserland)</p> <p>Nederlandse rechtspraak verwierp het beletsel reeds m.b.t. de impliciete wachttermijn voor dienstplichtigen (niet huwen zolang dienstplicht niet vervuld is)</p>	<p><b>Overtreding wachttermijn</b> staat geldigheid huwelijk niet in de weg: <b>gezinshereniging mogelijk</b></p> <p><b>Zolang er geen huwelijk bestaat:</b></p> <p>* geen recht op gezinshereniging</p> <p>evenmin recht op verblijf op grond van voorgenomen huwelijk (ook niet als uit <i>elsewhere approach</i> blijkt dat huwelijk nergens elders kan worden aangegaan)</p> <p>* Wél:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- regeling voor samenwoners</li> <li>- gemeen recht inzake kort verblijf</li> </ul>	<p>* Hof Mensenrechten, arrest- F. t. Zwitserland: schendt art. 12 E.V.R.M.</p> <p>* Schendt o.i. ook o.m. art. 16 Vrouwenverdrag, het anti-discriminatieverdrag van 1966 en art. 9 j° 21 of 23 Handvest Grondrechten E.U., voor zover de wachttermijn slechts bepaalde categorieën van personen betreft</p> <p>* Art. 2 Haags Verdrag 1902 en art. 1 Huwelijksverdrag 1964 lijken als algemene regel te stellen dat de <i>lex patriae</i> toegepast moet worden en geen beroep op de O.O. is toegelaten (België niet gebonden)</p> <p>* Huwelijksverdrag 1978 acht het voldoende als de <i>lex patriae</i> of <i>lex loci</i> is nageleefd of als het I.P.R. van de Staat van huwelijksluiting is nageleefd (de <i>lex patriae</i> kan m.a.w. aan de kant worden geschoven). Tevens: art. 13: alg. openbare-orde-clausule</p>	<p>Niet toepassen: schendt art. 12 E.V.R.M.; schendt art. 16 Vrouwenverdrag (als louter m.b.t. vrouwen, ongeacht de motivering: het afstammingsrecht kan volstaan om waarborgen of remedies te bieden tegen onduidelijkheden inzake vaderschap)</p>	<p>Blijkt uit een <i>elsewhere approach</i> dat een huwelijk nergens elders (<i>i.e.</i> in één van de Staten waarmee de partners een band hebben) kan worden aangegaan, dan is het aangewezen om een <u>machtiging tot verblijf, met het oog op huwelijksluiting</u>, te verlenen (reden: een toeristenvisum is soms te kort, gezien de strenge huwelijksformaliteiten)</p>

Oneigenlijke wachttermijn	Toegepast (zie ook onze internrechtelijke beroepstermijnen; impliciete toepassing via het echtscheidingsrecht)	<p>* <u>Slechts gezinshereniging zodra nieuw huwelijk is aangegaan</u> (bepaling in Omz. voor samenwoners, die rekening houdt met een tijdelijke onmogelijkheid om een vorig huwelijk te ontbinden en alvast gezinshereniging toelaat, wordt in de praktijk niet toegepast, volgens verklaring DVZ )</p> <p>* <u>Slechts verval van verblijfsrecht dat steunt op het vorige huwelijk, als dat definitief is ontbonden</u> (tenzij nog samenwoonstcontrole geldt)</p>	Internationaal verdragsrecht bevat geen bepalingen in dit verband (zie wel de algemene filosofie van de drie Huwelijksverdragen (bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'))	Cf. huidige regeling: <u>Aanvaardbaar indien de wachttermijn redelijk is</u> , binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel	Behoud huidige regeling: gezinshereniging bij geldig huwelijk (te bepalen binnen de grenzen van ons aanknopingsvoorstel)
Verbod om te huwen na vorig huwelijk (ontbonden door echtscheiding of overlijden)	<p>Vóór 1967 meermaals toegepast</p> <p>Geen recente rechtspraak bekend</p> <p>In licht van Hof Mensenrechten, arrest-F., ongetwijfeld als strijdig met art. 12 E.V.R.M. te beoordelen</p>	Cf. bespreking bij 'eigenlijke wachttermijn'	<p><u>Haags Verdrag van 1902:</u></p> <p>- kan door de Staat van huwelijksluiting worden toegepast als nietigheidsgrond van openbare orde, tenzij bij consulaire huwelijk tussen partners die geen van beiden onderdaan zijn van de Verblijfsstaat, en waarbij de huwelijkswet van de Verblijfsstaat het beginsel van consulaire huwelijksluiting</p>	Niet toepassen: schendt art. 12 E.V.R.M	Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'

			<p>toelaat</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- geen enkele Staat is verplicht om dit huwelijksbeletsel uit de <i>lex patriae</i> toe te passen</li> <li>- geen enkele Staat is verplicht om een huwelijk dat is aangegaan in overtreding van het beletsel te erkennen (zie evenwel de historische context van het Verdrag (noot 1))</li> </ul>		
Verbod wegens seksuele onrijpheid	geen rechtspraak bekend	Cf. bespreking bij 'eigenlijke wachttermijn'	<p><u>Impliciet</u>: Hof Mensenrechten, arresten-Rees en -Van Oosterwijk: toelaatbaar</p> <p>Zie tevens de <u>algemene filosofie van de drie Huwelijksverdragen</u> (besproken onder de rubriek 'eigenlijke wachttermijn')</p>	Schendt art. 12 E.V.R.M	Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'
Verbod wegens ernstige ziekte	<p>* <u>Geen rechtspraak, wel rechtsleer</u>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Niet-erfelijke of niet-besmettelijke ziekte: schending van art. 12 E.V.R.M.</li> <li>- Erfelijke of besmettelijke ziekte: discussie in licht van de nationale veiligheid en gezondheid</li> </ul> <p>* Het beletsel is <u>bij opname in een louter publiekrechtelijke bepaling niet van toepassing in een andere dan de instellende rechtsorde</u></p> <p>* Het beletsel vindt <u>steeds meer</u> doorgang als nietigheidsgrond van</p>	Cf. bespreking bij 'eigenlijke wachttermijn'	<p>* CIEC-Aanbeveling 1976: contra beletsel</p> <p>Aanbeveling 1990 Raad van Europa: contra beletsel</p> <p>* Schendt mogelijk art. 9 j° 21 Handvest Grondrechten E.U. (verbod van discriminatie op grond van genetische kenmerken of een handicap, behoudens rechtvaardiging)</p> <p>* Zie evenwel de algemene filosofie van de drie Huwelijksverdragen (besproken</p>	<p>* Schendt art. 12 E.V.R.M.</p> <p>Hoogstens eis van verplichte medische voorlichting aanvaardbaar</p> <p>* <i>Contra</i> uitbreiding</p>	Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'

	<u>dwaling omtrent essentiële eigenschappen</u>		onder de rubriek 'eigenlijke wachttermijn')	van dwalingsleer (doet grens met echtscheidingsgronden vervagen)	
Verbod wegens verkrachting of ontvoering van partner, of wegens overspel t.a.v. de vorige partner of moord of aanslag op de vorige partner (al dan niet in collusie met de huidige partner)	<p>Geen rechtspraak bekend</p> <p>Het beletsel is bij opname in een louter publiekrechtelijke bepaling niet van toepassing in een andere dan de instellende rechtsorde</p>	Cf. bespreking bij 'eigenlijke wachttermijn'	<p>Zie bespreking van de algemene filosofie van de drie Huwelijksverdragen bij de bespreking bij 'eigenlijke wachttermijn'</p> <p>Art. 2 Haags Verdrag 1902 (bindt België niet) laat toe dat het beletsel wegens overspel t.a.v. de vorige partner of moord of aanslag op de vorige partner, in collusie met de huidige partner, door de Staat van huwelijkssluiting wordt toegepast als verbiedend beletsel van openbare orde</p>	Schendt art. 12 E.V.R.M	Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'
Verbod op grond van nationaliteit, sociale rang of maatschap	<p>Geen rechtspraak bekend</p> <p>Een verbod om te huwen zolang men zijn dienstplicht niet vervuld heeft, komt neer op het instellen van een wachttermijn (<i>cf. supra</i> – Nederlandse rechtspraak weigerde beletsel reeds toe te passen, wegens territoriaal</p>	Cf. bespreking bij 'eigenlijke wachttermijn'	<p>Schendt art. 5 (d) van het anti-discriminatieverdrag van 1966, art. 14 j° 12 E.V.R.M., art. 9 j° 21 Handvest Grondrechten E.U. (nationaliteit, sociale of etnische afkomst)</p> <p>verbod door VN-Mensenrechtencomité, zaak-</p>	Schendt art. 12 E.V.R.M. (het beletsel is alvast bij opname in een louter publiekrechtelijke bepaling niet van toepassing in een andere dan de	Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'



<p>pelijke functie of verplichting (bv. dienstplicht)</p>	<p>beperkte werking)</p>		<p>Lovelace</p> <p>Zie evenwel de algemene filosofie van de Huwelijksverdragen van 1902 en 1964 (zie bespreking bij 'eigenlijke wachttermijn')</p> <p>Zie aldaar ook de bespreking van het Verdrag van 1978</p>	<p>instellende rechtsorde)</p>	
<p>Verbod t.a.v. gedeteneerde</p>	<p>Geen eenduidige rechtspraak</p> <p>Het beletsel is bij opname in een louter publiekrechtelijke bepaling niet van toepassing in een andere dan de instellende rechtsorde</p>	<p>Cf. bespreking bij 'eigenlijke wachttermijn'</p>	<p>* Schendt art. 12 E.V.R.M.: E.C.R.M., zaken-Hamer en – Draper</p> <p>* Minimumregels Sociaal-economisch comité, 31 juli 1957, verzetten zich tegen een algemeen huwelijksverbod op deze grond</p> <p>* Zie evenwel de bespreking van de algemene filosofie van de Huwelijksverdragen van 1902, 1964 en 1978 (onder de rubriek 'eigenlijke wachttermijn')</p>	<p>Algemeen verbod schendt art. 12 E.V.R.M</p> <p>Een huwelijk moet mogelijk zijn binnen de grenzen van het praktisch haalbare: cf. E.C.R.M.</p>	<p>Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'</p>
<p>Verbod t.a.v. persoon met overspelige of incestueuze afstamming</p>	<p>geen rechtspraak bekend</p>	<p>Cf. bespreking onder de rubriek 'eigenlijke wachttermijn'</p>	<p>* Schendt o.i. art. 12 E.V.R.M., art. 12 j° art. 14 E.V.R.M. en art. 9 j° 21 Handvest Grondrechten E.U.</p> <p>* Zie evenwel de bespreking van de algemene filosofie van de twee eerste Huwelijksverdragen bij de bespreking bij 'eigenlijke</p>	<p>Schendt art. 12 E.V.R.M</p>	

			wachttermijn' (zie ook aldaar over het Verdrag van 1978)		
Religieus beletsel	Schendt art. 14 j° 12 E.V.R.M.; art. 10 en 11 G.W. en art. 19 G.W.  Het beletsel is bij opname in een louter publiekrechtelijke bepaling niet van toepassing in een andere dan de instellende rechtsorde	Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'	* Haags Verdrag 1902: cf. bespreking bij 'Verbod om te huwen na vorig huwelijk' (plaats de bepalingen eveneens in de historische context!)  * Het Hof voor de Mensenrechten zal niet gemakkelijk tot een schending besluiten in dit verband  * Schendt o.i. art. 12 j° 14 E.V.R.M. en art. 9 j° 21 Handvest Grondrechten E.U.	Schendt art. 12 E.V.R.M	Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'
Verbod t.a.v. priesters	geen rechtspraak bekend (wel afwijzende Nederlandse, Franse en Duitse rechtspraak)  Het beletsel is bij opname in een louter publiekrechtelijke bepaling niet van toepassing in een andere dan de instellende rechtsorde	Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'	Schendt o.i. art. 3 E.V.R.M. en art. 12 E.V.R.M.	schendt art. 3 E.V.R.M., art. 12 E.V.R.M. en art. 19 G.W.	Cf. bespreking onder rubriek 'eigenlijke wachttermijn'
Het oneigenlijk beletsel van de bruidsprijs	* <u>In het verleden</u> vaak toegepast  * <u>Vandaag</u> wordt een (niet-)betaling overwegend: - hetzij louter als feitelijk gegeven in aanmerking genomen - hetzij buiten beoordeling gelaten, via een wegkwalificering van de vereiste als vormelement	Toegelaten als geldig huwelijk	Geen expliciete bepalingen (volgens bepaalde auteurs schending van art. 12 E.V.R.M., van art. 14 E.V.R.M. en/of van art. 16 Vrouwenverdrag)	* <u>kwalificatie als huwelijksgevolg, tenzij bewijs van nietigheidsgrond</u> (gevolg: - hoogstens echtscheidingsgrond - huwelijksvermogensrecht of contracten-	Noch een betaling, noch het uitblijven van betaling tast de geldigheid van het huwelijk aan

				recht van toepassing)	
				* <u>indien bewijs van nietigheidsgrond:</u> wegkwalificeren als ongeoorloofde huwelijksvoorwaarde (gevolg: betaling niet afdwingbaar; wél aanvaardbaar als huwelijks voordeel (tenzij bewijs dat het huwelijk staat of valt met de betaling))	

**Noot:**

1. Verdrag van 1902: in beginsel slechts toepasselijk als één van de partners de nationaliteit heeft van een Verdragsstaat. Zie evenwel onze opmerking in hoofdstuk 4 (buitenlandse huwelijksbeletselen), randnr. 25, in het licht van het gelijkheidsbeginsel: eenmaal een Verdragsstaat de vereiste toepast, moet ze dat m.b.t. eenieder doen.
2. De bepalingen van het Verdrag van 1902 dienen in hun historische context te worden geplaatst: op het ogenblik van hun aanneming was nog geen sprake van de U.V.R.M., noch van het E.V.R.M., noch van andere niet-discriminatiebepalingen.

## DE OMGANG MET POLYGAME HUWELIJKEN

	Familierecht	Gezinssherenigingsrecht		Familierecht	Gezinssherenigingsrecht
Polygame man	<p>- polygaam huwelijk wordt <b>niet systematisch nietigverklaard</b></p> <p>- bij nietigverklaring: geen eenduidige rechtspraak wat betreft verlening van <b>voordeel van een putatief huwelijk</b></p> <p>- (slechts) strafbaar als het huwelijk in België wordt aangegaan</p> <p>- tweede of verder huwelijk wordt <b>niet erkend, soms ook niet na ontbinding</b> (wél steeds na nietigverklaring) van het <b>eerste huwelijk</b></p>	<p>Man kan zich (slechts) laten vervoegen door één echtgenote, naar keuze, en haar kinderen (al dan niet gemeenschappelijk – <i>cf.</i> gemeen recht): <i>first comes, first takes</i></p> <p>Vermoedelijk kan man naar eigen keuze één van zijn echtgenotes vervoegen (is o.i. logisch gevolg van <i>first comes, first takes</i> beginsel)</p>	<p>Geen duidelijke bepalingen</p> <p>- Art. 5 Haags Verdrag 1978 vermeldt dat de O.O. zich kan verzetten tegen polygamie</p> <p>- Art. 11 Haags Verdrag 1978 bepaalt dat het volgende huwelijk moet worden erkend na ontbinding of nietigverkla-</p>	<p>* <b>Systematische nietigverklaring</b> van tweede huwelijk, tenzij eerste echtgenote out-opteert (zie hieronder, voorstel inzake verblijfsrecht) en niet (langer) in België verblijft</p> <p>* <b>voordeel van een putatief huwelijk</b> bij goede trouw, <i>i.e.:</i></p> <p>- op ogenblik van tweede huwelijkssluiting <u>geen stabiel verblijf</u></p> <p>- bij eerste huwelijkssluiting geen optie voor de toepassing van familierecht dat polygamie verbiedt</p> <p>- eerste echtgenote had bij huwelijkssluiting geen statuut dat polygamie verbiedt of kon niet op een andere grond verwachten dat huwelijk definitief monogaam zou zijn (bv. wet plaats van huwelijksvoltrekking en van eerste vestiging verbiedt polygamie)</p> <p>- <b>erkenning tweede huwelijk na ontbinding of nietigverklaring eerste huwelijk</b></p> <p>- <i>cf. infra:</i> man <b>steeds</b> responsabiliseren</p>	<p><b>Prioritair recht</b> op gezinsshereniging voor de <b>eerste echtgenote</b></p> <p>Slechts bij <b>opting-out</b> door eerste echtgenote: <u>toelating tweede of verdere echtgenote</u> (<i>first comes, first takes</i>), in het licht van de opvatting dat een niet-polygame gezinsbeleving de openbare orde niet stuit</p> <p>Let wel: slechts toelating <u>mits</u> familierechtelijk <u>goede trouw</u> in hoofde van haarzelf en van de man kan worden aangenomen en het huwelijk voorts geldig is (voor gevolgen toelating voor familierecht: <i>cf. infra</i>, voorstel familierecht voor tweede of verdere echtgenote)</p>



				<p>als correlarium van haar recht op gezinshereniging)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- kan haar huwelijk wél blijven voortbestaan als ze terugkeert naar haar herkomstland of nooit in België heeft verbleven: de gevolgen van polygamie zijn dan m.n. verenigbaar met de B.I.P.O.O., gezien de minder directe band met België</li> </ul>	
<p>Tweede of verdere echtgenote</p>	<p><b>Statuut eerste echtgenote bepaalt vaak of</b> rekening wordt gehouden met de tweede of verdere echtgenote, via de <b>erkenning van bepaalde huwelijksgevolgen</b></p> <p><b>Geen eensgezinde rechtspraak</b> m.b.t. toekenning van rechtsgevolgen, m.b.t. erkenning van tweede huwelijk na ontbinding van eerste huwelijk</p>	<p><b>Cf. regeling voor eerste echtgenote</b> (m.a.w.: gelijke behandeling ondanks onvergelykbare situatie: al dan niet familierechtelijk erkenbaar huwelijk)</p>	<p>* <u>bepaalde auteurs:</u> polygamie schendt art. 16 Vrouwenverdrag, art. 5 zevende prot. bij E.V.R.M., art. 23 I.V.B.P.R.</p> <p>* <u>andere auteurs:</u> geen bepaling of integendeel: art. 23 I.V.B.P.R. verleent recht op polygamie</p>	<p>* <b>in beginsel nietigverklaring huwelijk</b></p> <p>gevolgen: <u>voordeel van putatief huwelijk bij goede trouw</u>, i.e. geen stabiel verblijf op ogenblik huwelijksluiting of geen medeweten van polygamie</p> <p>* <b>Uitzondering: bij <i>opting-out</i> door de eerste echtgenote en toelating tot het verblijf van de tweede of volgende echtgenote:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- systematische toekenning van alle huwelijksgevolgen</li> <li>- beide huwelijken bestaan naast elkaar (cf. vandaag, zij het dat dit in ons voorstel niet langer mogelijk is bij voortgezet verblijf door de eerste echtgenote in België: cf. <i>supra</i>: in dat geval : geen <i>opting out</i> zonder echtscheiding)</li> </ul> <p>(doelstelling van deze uitzondering: de eerste echtgenote die steeds in het buitenland is gebleven of er terug is gekeerd, beschermen tegen verstoting)</p>	<p>* <b>in beginsel weigering van verblijf</b></p> <p>* <b>Uitzondering:</b> toelating tot het verblijf na <i>opting-out</i> door eerste echtgenote (cf. <i>supra</i>)</p>

				<p><u>geen ongelijke behandeling tussen tweede of verdere echtgenote</u>, zolang het eerste huwelijk voortbestaat</p> <p>wordt het eerste huwelijk ontbonden of vernietigd: tweede huwelijk wordt geldig en neemt de plaats in van het voormalige eerste huwelijk</p>	<p><u>geen ongelijke behandeling tussen tweede of verdere echtgenote</u>, zolang het eerste huwelijk voortbestaat</p> <p><i>idem cf.</i> voorstel familierecht</p>
Kind van eerste echtgenote	zijn huwelijkse kinderen	Genieten recht op gezinshereniging bij hun vader mits hun moeder recht op gezinshereniging wordt verleend	Art. 3 I.V.R.K.: hoger belang van kind eerbiedigen	Cf. huidige regeling	<p>- recht op gezinshereniging behouden als beide ouders in België verblijven</p> <p>- Indien afzonderlijk verblijf: <i>cf.</i> echtscheidingsregeling: niet van rechtswege aannemen dat het kind de moeder volgt, maar rekening houden met toekenning van recht van bewaring en met ev. toestemming van de moeder met gezinshereniging bij de vader (waakzaamheid voor eventuele druk op de moeder – rekening met hoger belang kind)</p>
Kind tweede of verdere echtgenote	geniet het voordeel van een putatief huwelijk: huwelijks statuut	Geniet recht op gezinshereniging bij hun vader mits hun moeder recht op gezinshereniging wordt verleend	Art. 14 j° 8 E.V.R.M., art. 2 j° 16 I.V.R.K. en art. 21 Handvest Grondrechten E.U.: gelijke behandeling ongeachte de geboorte	Cf. vandaag (gelijke behandeling als kind uit eerste huwelijk, ongeacht de geboorte)	<i>Idem cf.</i> regeling voor eerste kind

BEKNOPTE BIBLIOGRAFIE<sup>1</sup>

## Boeken en andere werken

- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A., *Les musulmans face aux droits de l'homme. Religion, droit et politique. Etude et documents*, Bochum, Verlag Dr. Dieter Winkler, 1994, 611 p.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.A. en BONOMI A. (eds), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, 353 p.
- ALLEN, A. en LEMMENS, P. (eds), *Gelijkheid en non-discriminatie - Egalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 228 p.
- ALSTON, P., *The E.U. and Human Rights*, Oxford, University Press, 1999, 945 p.
- ANDRIEN, D., BATSELE, P., DERRIKS, E. en SCARCEZ, M., *Comprendre les statuts et les droits des étrangers par les textes*, Brussel, Bruylant, 1997, 632 p.
- AUDIT, B., *Droit international privé*, Paris, Economica, uitgave 1997 en uitgave 2000, 973 p.
- BAETEMAN, G., *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1993, 1106 p.
- BASTENIER, A. en CARLIER, J.-Y. (eds), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 407 p.
- BATIFFOL, H. en LAGARDE, P., *Traité de droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993, 656 p.
- BEITZKE, G., COING, H., FIRSCHING, K., GROSSFELD, B. en KORKISCH, F., *Internationales Privatrecht*, E.G.B.G.B., Berlin, Schweitzer Verlag, 1981, 486 p.
- BERGMANN, A. en FERID, M., *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Frankfurt am Main/Berlin, Verlag für Standesamtswesen, losbl.
- BEUNE, H. H. M. en HESSELS, A. J. J., *Minderheid - Minder recht?*, 's Gravenhage, Staatsuitgeverij, 1983, 501 p.
- BOELE-WOELKI, K. en FUCHS, A. (eds), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, 2003, 323 p.
- BOELES, P., *Mensen en papieren. Legalisatie en verificatie van buitenlandse documenten in "probleemlanden"*, Utrecht, Forum, 2003, 334 p.
- BORRMANS, M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, Mouton, 1977, 708 p.
- BORRILLO, D. (ed.), *Homosexualité et droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 1998, 329 p.

<sup>1</sup> We maakten een selectie van de werken die we het vaakst hebben geraadpleegd.



- BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 1976, 262 p.
- BOULANGER, F., *Droit civil de la famille, tome 1: Aspects internes et internationaux*, Paris, Economica, 1992, 385 p.
- BOURDELOIS, B., *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly, 1993, 398 p.
- BREMS, E., *Human rights: universality and diversity*, Den Haag, Martinus Nijhoff publishers, 2001, 574 p.
- BRIBOSIA, E. en DARDENNE, E., MAGNETTE, P. en WEYEMBERGH, A. (eds.), *Union européenne et nationalités. Le principe de non-discrimination et ses limites*, Brussel, Bruylant, 1999, 256 p.
- BUSKENS, L., *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam, Bulaaq, 1999, 673 p.
- CARBONNIER, J., *Droit civil. II. La famille*, Paris, PUF, 1993, 618 p.
- CARLIER, J.-Y. en RIGAUX, F., *Autonomie de la volonté et statut personnel- étude prospective de droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 468 p.
- CARLIER, J.Y. en VERWILGHEN, M. (eds), *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Brussel, Bruylant, 1992, 407 p.
- CARONI, M., *Privat- und Familieleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, 520 p.
- CENTRE DE DROIT DE LA FAMILLE U.C.L., DE BURLET, J. en RIGAUX, F., *Traité de l'état civil, I, Les relations internes*, Brussel, Larcier, 1978, 669 p. en *II, Les relations internationales*, 1987, 243 p.
- CIEC (CONFERENCE INTERNATIONALE D' ETAT CIVIL), *Actes et documents de la treizième session, tome III, Mariage*, Den Haag, Imprimerie Nationale, 1978, 318 p.
- C.I.E.C., *Conventions et recommandations (1956-1987)*, Strasbourg, Secrétariat général C.I.E.C., 1988, 359 p. (+ supplément, 1998)
- C.I.E.C., *Guide pratique international de l'état civil*, Strasbourg, Berger-Levrault, 1985-1996, losbladig.
- CLEMENTS, L.J., MOLE, N. en SIMMONS, A., *European human rights: taking a case under the convention*, London, Sweet & Maxwell, 1999, 383 p.
- COESTER-WALTJEN, D. en COESTER, M., *Formation of marriage, reeks International encyclopedia of comparative law. IV: Persons and family*, Tübingen/Dordrecht, Mohr Siebeck/Martinus Nijhoff, 1997, 121 p.
- COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Comments on the report to the 14<sup>th</sup> session from DCI newsletter Vol. 3 nr. 1, april 1997*, [www.crin.org/crc.nsf](http://www.crin.org/crc.nsf).

CONSEIL DE L'EUROPE (ed.), *Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation. Actes XXVIIe colloque de droit européen. Fondation pour les études internationales, Malte, 15-17 septembre 1997*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, 231 p.

CONSEIL D'ETAT FRANCAIS, *Rapport public 1996 sur le principe d'égalité*, Paris, Documentation française, 1997, 509 p.

CORNU, J., *Droit civil: la famille*, Paris, Montchrestien, 1996, 615 p.

DE BELLEFONDS, L., *Traité de droit musulman comparé. II: le mariage – la dissolution du mariage*, Paris, Mouton, 1965, 483 p.

DE BRUIJN-LUCKERS, M.L.C.C., E.V.R.M., *minderjarigheid en ouderlijk gezag*, Leiden, doct., 1994, 409 p.

DE GROOT, R., *Gelijkheid van man en vrouw in het nationaliteitsrecht*, Deventer, Kluwer, 1977, 108 p.

DE HART, B., *Onbezonnen vrouwen. Gemengde relaties in het nationaliteitsrecht en het vreemdelingenrecht* (doct.), Nijmegen, Aksant, 2003, 288 p.

DE HERT, P., *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht: de bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 367 p.

DE PAGE, H. en MASSON, J. P., *Traité élémentaire de droit civil belge, II, Les personnes*, Brussel, Bruylant, vierde uitgave, 1990, 849 p.

DE SCHUTTER, O. en VAN DROOGHENBROECK, S., *Droit international des droits de l'homme*, Brussel, Larcier, 1999, 661 p.

COLLINS, L., DICEY, A.V. en MORRIS, J.H.C., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, London, Sweet&Maxwell, 2000, 2 vol.

DOLLAT, P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne: enjeux et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1998, 560 p.

ERAUW, J., *Beginnelsen van internationaal privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1985, 334 p.

ERAUW, J., *Bronnen van Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1997, 935 p.

ERAUW, J., FALLON, M., LIENARD-LIGNY, M., MEEUSEN, J., VAN HOUTTE, H. en WATTE, N., *Voorstel van een ontwerp van wet houdende wetboek van internationaal privaatrecht*, onuitg., 28 februari 1998.

ESPOSITO, L., *Women in Muslim family law*, New York, Syracuse University Press, 1982, 155 p.

FOBLETS, M.-CL. (ed.), *Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1998, 476 p.

FOBLETS, M.-CL., HUBEAU, B. en DE MUYNCK, A., *Minderheden in de samenleving, deel 4*,

Leuven, Acco, 1997, 233 p.

FOBLETS, M.-CL., HUBEAU, B., CUYPERS, D., DE FEYTER, K., TALHAOU, F. en VAN-HEULE, D. (wisselend editorship), *Migratie- en migrantenrecht, delen 1 tot 8*, Brugge, Die Keure, 1995, 511 p., 1996, 335 p., 1999, 389 p., 2000, 266 p., 2000, 385 p., 2001, 503 p., 2002, 446 p. en 2003, te verschijnen.

FOBLETS, M.-CL. (ed.), *Familles-Islam. Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 300 p.

FOBLETS, M.-CL., FOQUE, R. en VERWILGHEN, M. (ed.), m.m.v. BOUCKAERT, S. en D'HONDT, S., *Naar de Belgische nationaliteit- Vers la nationalité belge*, Brussel, Bruylant, 2002, 849 p.

FOHRER, E., *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Brussel, Bruylant, 1999, 110 p.

FULCHIRON, H., *Les étrangers et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1999, 383 p.

GERARDS, J.H., *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Publiekrechtelijke Reeks Universiteit Maastricht, Den Haag, Sdu, 2002, 803 p.

GERLO, J., HEYVAERT, A., PAUWELS, J. en SENAËVE, P. (eds), *Commentaar personen- en familierecht Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, z.p.

GRATALOUP, S., *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, Paris, L.G.D.J., 1998, 600 p.

GRAULICH, P., *Introduction à l'étude du droit international privé*, Luik, ULg. Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1978, 153 p.

GROENENDIJK, K., GUILD, E. en DOGAN, H., *Sécurité de résidence de la législation et de la pratique des pays européens*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1998, 132 p.

GROUPEMENT D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES TRAVAILLEURS IMMIGRÉS (GISTI), *Rencontre internationale pour le droit de vivre en famille des immigrés en Europe, Brussel 4, 5 en 6 november 1993*, Paris, Coördination pour les droits à vivre en famille, 1993, 80 p.

GUILD, E., *A guide to the right of establishment under the Europe Agreements*, London, Baileys Shaw & Gillett, 1996, 126 p.

HALL, S., *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, 214 p.

HANDOLL, J., *Free movement of persons in the EU*, Chichester, John Wiley & Sons, 1995, 370 p.

HARTKAMP, A.S., VAN BAR, C., BARRIERE, F., BEALE, H. (eds), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1998, 652 p.

- HAUSER, J. en HUET-WEILLER, D., *Traité de droit civil. La Famille. I*, Paris, LGDJ, 1993, 943 p.
- HERINGA, A.W., KOEKKOEK, A.K. en MULDER, L., *Gelijk behandelen, commentaren op het voorstel Algemene Wet Gelijke Behandeling*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1991, 90 p.
- HEYVAERT, A., *Belgisch IPR - een inleiding*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 270 p.
- HEYVAERT, A., *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys en Breesch, 2002, 434 p.
- HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *Beginnelen van het gezins- en familierecht na het Marxarrest. De theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldend recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 142 p.
- HOHNERLEIN, E.-M., *Internationale Adoption und Kindeswohl. Die Rechtslage von Adoptivkindern aus der dritten Welt in der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen europäischen Ländern*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, 370 p.
- HOLTERMAN, TH., *Vreemdelingenrecht. Toelating en verblijf van vreemdelingen in Nederland*, Deventer, Kluwer, 2002, 252 p.
- HUET-WEILLER, D. (ed.), *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille*, Strasbourg/Paris, Presses Universitaires/L.G.D.J., 1994, 560 p.
- ILPA, IMMIGRATION LAW PRACTITIONERS' ASSOCIATION, *The Alternative Scoreboard for EU Immigration and Asylum Law: Human Rights and Basic Principles*, London, ILPA, 2000, losbl.
- INSTITUUT VOOR STAATS- EN BESTUURSRECHT, BURKENS, M.C., KUMMELING, H.R.B.M. en LEENDERS, M.A.J. (eds), *EG en grondrechten. Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, 303 p.
- JAYME, E., *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, München, Beck, 1998, 696 p.
- JAULT-SESEKE, F., *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J. 1996, 425 p.
- JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., *Het migratierecht en zijn dynamiek: het artefact van het schijnhuwelijk*, Deventer, Kluwer, 1998, 60 p.
- JORENS, Y., *De rechtspositie van niet-EU-onderdanen in het Europese Socialezekerheidsrecht*, Brugge, Die Keure, 1997, 824 p.
- KEGEL, G., *Internationales Privatrecht*, München, Beck, 1995, 937 p.
- KETCHKITCH, D., *Les mariages diplomatiques ou consulaires et leurs effets internationaux* (doct.), Paris, Pierre Bossuet, 1931, 243 p.
- KLISSOU, B., *La polygamie au Bénin. Une approche régionale des tendances et des déterminants*, Louvain La-Neuve, UCL, Institut de Démographie/Académia-Bruylant/L'harmattan, 1995, 257 p.

KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1994, 605 p., 1997, 625 p. en 2001, 692 p.

KRUYT, A. en NIESSEN, J., *Europees gelijk geregeld. Derdelanders in de Europese Unie*, Den Haag, Ministerie van Binnenlandse Zaken, Directie Coördinatie Integratiebeleid Minderheden, 1996.

LAMMERANT, I., *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2001, 763 p.

LAWSON, E., AYALA-LASSO, J. en WISEBERG, L., *Encyclopedia of human rights*, Washington/London, Taylor & Francis, 1996, 715 p.

LAWSON, R.A., *Het E.V.R.M. en de Europese Gemeenschappen* (doct.), Europese Monografieën 61, Kluwer, Deventer, 1999, 568 p.

LECLERC, S., AKANDJI-KOMBE, J.F. en REDOR, M.J. (eds), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Brussel, Bruylant, 1999, 235 p.

LIEVENS, J., *The third wave of immigration from Turkey and Morocco: determinants and characteristics*, Gent/Brussel, Vakgroep Bevolkingswetenschappen/Interface Demography, 1997, 24 p.

LIEVENS, J., *Interethnic marriage: bringing in the context through multilevel modelling*, Gent/Brussel, Vakgroep Bevolkingswetenschappen/Interface Demography, 1997, 33 p.

LINANT DE BELLEFONDS, Y., *Traité de droit musulman comparé III. Filiation, incapacités, libéralités entre vifs*, Paris/Den Haag, Mouton, 1973, 467 p.

LONG, D., *Milky ways. Milk kinship in anthropological literature and in a Turkish village community*, Nijmegen, doctoraat culturele antropologie, 1996, 156 p.

LOUSSOUARN, Y. en BOUREL, P., *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1993, 680 p.

MALLAT, C. en CONNORS, J. (eds), *Islamic family law*, London, Graham and Trotman, 1990, 395 p.

MARTIN, D. en GUILD, E., *Free movement of persons in the European Union*, London/Edinburgh, Butterworths, 1996, 416 p.

MASSON, J.-P., DE PAGE, P. en HIERNAUX, G., *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation*, Gent, Story-Scientia, 1997, 305 p.

MAYER, P., *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1994, 707 p.

MEEUSEN, J., *Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 563 p.

MERCIER, P. en FLATTET, G., *Conflits de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Genève, Droz, 1972, 121 p.

- MEULDERS-KLEIN, M.-T., *Adoption et formes alternatives d'accueil: droit belge et droit comparé*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 331 p.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T. (ed.), *La convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Louvain La Neuve, s.n., 1992, z.p.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T., *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1999, 589 p.
- MILLIOT, L. en BLANC, F.P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1987, 669 p.
- MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN, DIENST VREEMDELINGENZAKEN, *Activiteitenverslag* 1992, 1993, 1994, 1995-1996, 1997-1998, 1999-2000, Brussel, Dienst Vreemdelingen-zaken, resp. 83, 75, 80, 215, 253 en 283 p.
- MINISTERIE VAN BUITENLANDSE ZAKEN, CD-ROM 'consulaire akten, interne instructies', s.d.
- MOERINGS, M. en MATTIJSEN, M. (eds), *Homoseksualiteit en Recht*, Arnhem, Gouda Quint, 1992.
- M'SALHA, M., *Le droit familial marocain dans l'ordre juridique belge. Entre fidélité religieuse et modernité prometteuse*, Louvain-la-Neuve, U.C.L. (doct.), 1999, 280 p.
- MULDER, L., *Minderheden als nieuwe bevolkingsgroepen. De verwezenlijking van gelijkheid en verscheidenheid*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1993, 315 p.
- NASCIMBENE, B., *Nationality laws in the European Union*, London, Butterworth, 1996, 771 p.
- NASIR, J.J., *The status of women under Islamic law and under modern islamic legislation*, London, Graham and Trotman, 1990, 328 p.
- NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING, ANTOKOLSKAIA, M.V., DE HONDT, W.A. en STEENHOFF, G.J.W., *Een zoektocht naar Europees familierecht. Pre-advies*, Deventer, Kluwer, 1999, 141 p.
- NEUWAHL, N.A. en ROSAS, A. (eds), *The European Union and Human Rights*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1995, 335 p.
- NIESSEN, J. en MOCHEL, F., *Les relations extérieures de l'Union Européenne et les migrations internationales*, Brussel, Migration Policy Group, 1999, 88 p.
- NOTERMANS, C., *Verhalen in veelvoud. Vrouwen in Kameroen over polygynie en christendom*, Nijmegen, Valkhof Pers, 1999, 367 p.
- NOWAK, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, Kehl/Straatsburg/Arlington, N.P. ENGEL, 1993, 947 p.
- NYS, M., *L'immigration familiale à l'épreuve du droit, Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, Brussel, Bruylant, 2002, 665 p.

- PALM-RISSE, F., *Der Völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 411 p.
- PALSSON, L., *Marriage and divorce in comparative conflict of laws*, Leiden, A.W. Seithoff, 1974, 345 p.
- PALSSON, L., *Marriage in comparative conflict of laws: substantive conditions*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1981, 388 p.
- PAMBOUKIS, CH., *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993, 360 p.
- PATTI, S. en MLADENOVIC, M., *The family in post-socialist countries, reeks International encyclopedia of comparative law. deel 4: Persons and family*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, 151 p.
- PATTIPAWAE, C. F. en TAZELAAR, C. A., *Met recht discriminatie bestrijden*, Utrecht, Landelijk Bureau ter Bestrijding van Rassendiscriminatie/W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 238 p.
- PEARL, D. en MENSKI, W., *Muslim family law*, London, Sweet&Maxwell, 1998, 551 p.
- PEERS, S., BARZILAY, R., GROENENDIJK, K., GUILD, E., *The legal status of persons admitted for family reunion. A comparative study of law and practice in some European states*, Council of Europe Publishing, Community relations, Directorate General III- Social Cohesion, 2000, 80 p.
- PERELMAN, C., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit: au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, 203 p.
- PERELMAN, C. en INGBER, L., *L'égalité*, Brussel, Bruylant, 1982, 628 p.
- POUSSON-PETIT, J., *Le démariage en droit comparé. Etude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*, Brussel, Larcier, 1981, 680 p.
- POUSSON-PETIT, J. (ed.), *L'enfant et les familles nourricières en droit comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1997, 421 p.
- RAAD VAN EUROPA, *Migrant workers and their families. Protection within the European Social Charter*, Strasbourg, Raad van Europa, 1997, 123 p.
- REBMANN, K. en SACKER, F.-J., *Münchener Kommentar zum BGB*, München, Beck, 1983, meerdere vol.
- RENIERS, G., *Post-migration survival of traditional marriage patterns: consanguineous marriage among Turkish and Moroccan immigrants in Belgium*, Gent/Brussel, Vakgroep Bevolkingswetenschappen/Interface Demography, 1998, 23 p.
- RIGAUX, F. en FALLON, M., *Droit international privé II. Droit positif belge*, Brussel, Larcier, 1993, 923 p.
- RUBELLIN-DEVICHI, J., COMMAILLE, J. en MEULDERS-KLEIN, M. T., *Des concubinages*

*dans le monde*, Paris, CNRS, 1990, 284 p.

RUBELLIN-DEVICHI, J., *Droit de la Famille*, Paris, Dalloz, 1996, 851 p.

RUTTEN, S. W. E., *Erven naar Marokkaans recht. Aspecten van Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepasselijkheid van Marokkaans erfrecht*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 345 p.

RUTTEN, S.W.E., *Moslims in de Nederlandse rechtspraak: een inventarisatie van gepubliceerde rechterlijke beslissingen in zaken waar islamitische rechtsnormen en waarden een rol spelen, 1973-1986*, Kampen, J.H. Kok, 1988, 341 p.

RAES, K., *Tegen betere wetten in. Een ethische kijk op het recht*, Gent, Academia Press, 1997, 215 p.

RADCLIFFE-BROWN, A.R. en FORDE, D. (eds), *Systèmes familiaux et matrimoniaux en Afrique*, Reeks Bibliothèque de sociologie contemporaine, Paris, P.U.F., 1953, 527 p.

SACHDEVA, S., *The primary purpose rule in British immigration law*, Exeter, Trentham Books Limited, 1993, 184 p.

SCHMIDT, G.E., *Sterke en zwakke adopties: een rechtsvergelijkend onderzoek*, 's-Gravenhage, TMC Asser instituut, 1996, 260 p.

SENAEVE, P., *Het vaderschap van de echtgenoot: vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 448 p.

SENAEVE, P. (ed.), *Actuele vraagstukken van interlandelijke en inlandse adoptie en van verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1995, 317 p.

SENAEVE, P. en COENE, E., *Geregistreerd partnerschap: pleidooi voor de institutionalisering van de homoseksuele tweerelatie*, Antwerpen, Maklu, 1998, 256 p.

SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2003, I, 274 p., II, 242 p. en III, te verschijnen.

SHAHEEN SARDAR, A., *Gender and Human Rights in Islam and International Law. Equal Before Allah, Unequal Before Man?*, Den Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, 358 p.

SLOOT, B. P., GOLDSCHMIDT, J. E. en FASE, W. J. P. M., *Positieve discriminatie*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, 164 p.

STAPLES, H., *The Legal Status of Third Country Nationals Resident in the European Union*, Den Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 1999, 418 p.

STRIEWE, P., *Ausländisches und internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Köln, Heymanns, 1986, 484 p.

STRUIJS, A., *Minderheden en moraal. Erkenning van culturele identiteit in het perspectief van de liberale moraal*, Assen, Van Gorcum, 1998, 128 p.

SUDRE, F. en LABAYLE, H. (eds), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Brussel, Bruylant, 2000, 531 p.



- F. SUDRE (ed.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, Bruylant, 2002, 407 p.
- SUTER KASEL-SEIBERT, C., *Le mariage fictif. Etude de droit comparé*, reeks Zürcher Studien zum privatrecht, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, 215 p.
- TRAEST, M., *De verhouding van de Europese Gemeenschap tot de Conferentie van Den Haag voor het Internationaal Privaatrecht. Een vergelijkende analyse van hun wederzijdse beïnvloeding, interferentie en hun bijdrager tot de integratie van het internationaal privaatrecht*, Gent, R.U. Gent, 2002, 628 p.
- U.A.E. (ASSOCIATION DES AVOCATS EUROPEENS), *Les nouveaux droits de l'homme en Europe, XIe congrès UAE*, Brussel, Bruylant, 1999, 375 p.
- UYTTERHOEVEN, K., *De staat van de transseksuele persoon: rechtsvergelijkende analyse en proeve van oplossing naar Belgisch recht*, K.U. Leuven, doct., 2000, 3 v.
- VAN BUEREN, G., *The International Law on the Rights of the Child*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995, 435 p.
- VAN DEN EECKHOUT, V., *Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht - Een analyse vanuit de invalshoek van de nationaliteitsgemengde partnerverhouding*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1998, 340 p.
- VAN DE VELDE, J., *Internationale burgerlijke stand: praktische informatie betreffende het persoonlijk statuut van vreemdelingen (Oranjeboek)*, Brugge, Vanden Broele, losbl.
- VAN DIJK, P. en VAN HOOFF, G.J.H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer, 1998, 850 p.
- VAN GRUNDERBEECK, D., *Beginnelsen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 763 p. (commerciële editie van: *Grondbeginselen van een Europees personen- en familierecht geformuleerd vanuit het perspectief van de mensenrechten*, K.U. Leuven, 2002, 3 v.)
- VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 435 p.
- VAN KRIEKEN, P.J., *The migration acquis handbook*, Den Haag, TMC Asser Press, 2001, 429 p.
- VASSEUR-LAMBRY, F., *La famille et la Convention européenne des Droits de L'Homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 522 p.
- VELAERS, J., *Van arbitragehof tot grondwettelijk hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 578 p.
- VELU, J. en ERGEC, R., *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 552 p.
- VERENIGING TOT BESTUDERING VAN HET RECHT VAN DE ISLAM EN HET MIDDEN OOSTEN (ed.), *Islam in West-Europa. De plaats van de Islam en het islamitische recht in de West-Europese rechtsstelsels*, Reeks Recht van de Islam, nr. 10 (10de RIMO-symposium),

Maastricht, RIMO, 1992, 139 p.

VERHELLEN, E., CAPELAERE, G. en DECOCK, G. (eds), *Kinderrechtengids: commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, Mys en Breesch, 1994- , losbl.

VERWILGHEN, M., DEBROUX, C. en CARLIER, J.-Y., *L'adoption internationale en droit belge*, Brussel, Bruylant, 1991, 216 p.

VERWILGHEN, M. en SAROLEA, S. (eds), *Vers une codification du droit international privé belge, Journée d'étude 18 avril 2001 organisée par le Département de Droit international privé, Centre Charles De Visscher pour le droit international* (verslagboek), Louvain-la-Neuve, Dép. DIP, UCL Louvain-la-Neuve, 2001, 225 p.

VERWILGHEN, M. en DE VALKENEER, R. (eds), *Relations familiales internationales*, Brussel, Bruylant, 1993, 483 p.

VERWILGHEN, M. (ed.), *Nationalité et statut personnel. Leur interaction dans les traités internationaux et dans les législations nationales*, Brussel/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1984, 592 p.

VESTDIJK-VAN DER HOEVEN, A.C.M., *Religieus recht en minderheden*, Arnhem, Gouda Quint, 1991, 338 p.

VON BAR, C., *Internationales Privatrecht*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, 565 p.

VON BAR, C., *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht. Tagung des Instituts für internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 6. und 7. April 1990 in Osnabrück*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 1991, 250 p.

WAALDIJK, K. en CLAPHAM, A., *Homosexuality: a European community issue. Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1993, 427 p.

WILLEKENS, H., *Vrouwelijkheid, mannelijkheid en recht. Een theoretische verkenning*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 515 p.

WITTINGER, M., *Familien und Frauen im regionalen Menschenrechtsschutz. Ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Amerikanischen Menschenrechtskonvention und der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker*, Baden-Baden, Nomos, 1999, 359 p.

<b>Bijdragen in boeken</b>
----------------------------

ABU-SAHLIEH, S.A.A., "Le droit de famille dans le monde arabe. Constantes et défis", in FOLETS, M.C. (ed.), *Famille -Islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 155-193.

APOSTEL, L., "Some remarks on inequality", in INGBER, L. (ed.), *Gelijkheid*, Brussel, Bruylant, 1981, 49-94.

BARBARA, A., "Les mariages mixtes avec les musulmans", in FOLETS, M.C. (ed.), *Familles - islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 227-268.

BATIFFOL, H., "Circonstances et modalités de l'application du droit international par le juge international", in HEBRAUD, P., *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, 29-46.

BEKE, D., "De evolutie van het burgerlijk recht in de landen van Noord-Afrika. Een verloren strijd voor modernisten?", in FOLETS, M.-CL. (ed.), *Migranten en (ge)recht: vragen over cultuurwaarden in het recht*, reeks Cultuur en migratie, Brussel, Cultuur en migratie, 1990, 55-75.

BERTRAND, N. en SHAMA, E., "La création et la reconnaissance du lien conjugal", in CARLIER, J.-Y. en VERWILGHEN, M., *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, Louvain-la-Neuve/Brussel, Academia/Sybid, 1989, 55-65.

BRAECKMANS, L., "Aandacht voor grondwaarden in een interculturele samenleving", in UFSIA (ed.), *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, UFSIA, 1993, 369-380.

CARLIER, J.Y., "Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe: quelles perspectives?", in FOLETS, M.C. (ed.), *Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 19.

CHARFI, M., "Les Etats Musulmans et les droits de l'homme", in BOUTROS-GHALI, B. (ed.), *Boutros Boutros-Ghali. Amicorum Discipulorumque Liber. Peace, development, democracy*, Brussel, Bruylant, 1999, 991-1017.

CLOSSET, C., "A propos de la simulation de mariage et des 'mariages de nationalité'", in G. BAETEMAN (ed.), *Liber amicorum G. Baeteman*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 17-44.

COHEN-JONATHAN, G., "Respect for Private and Family Life", in R.S.J. MACDONALD e.a. (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, 405-444.

CORINALDI, M., "Protecting minority cultures and religions in matters of personal status both within state boundaries and beyond state frontiers - the Israeli system", in LOWE, N. en DOUGLAS, G. (eds), *Families across frontiers*, Den Haag/Boston, Kluwer, 1996, 385-394.

COUSSIRAT-COUSTERE, V., "Les politiques migratoires au sein de l'Union européenne et la Convention des Droits de l'Homme", in X., *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Brussel,

Bruylant, 1998, 207-231.

COUSSIRAT-COUSTERE, V., "Famille et Convention européenne des droits de l'homme", in RYSSDAL, R., MAHONEY, P., MATSCHER, F., PETZOLD, H. en WILDHABER, L. (eds), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 281-308.

COUSSIRAT-COUSTERE, V., "La notion de famille dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme", in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris, L.G.D.J., 1996, 45-74.

CURTIN, C., DENYS, C., GEURTS, M., GROENENDIJK, C.A., ROOS, A. en STAPLES, H., "Draft regulation on freedom of movement for workers within the European Community for third-country nationals with long term residence in one member state", in X., *Free Movement for non-EC-Workers within the European Community*, Utrecht, Nederlands Centrum Buitenlanders, 1997, 64 p.

DE DECKER, M. en SUYKERBUYK, M., "Nationaliteit en integratiewil", in UFSIA, *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, Maklu, 1993, 285-301.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., "Propos hétérodoxes sur les familles naturelles", in X., *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille*, Strasbourg, Presses Universitaires, 1994, 67-77.

DE LANGE, R., "Botsing van grondrechten, wat moet de rechter doen?", in PARMENTIER, S., *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 257-287.

DEPREZ, J., "Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France. Aspects de droit international privé", in FOGLETS, M.-CL. (ed.), *Familles - islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 57-124.

D'HONDT, S., "Het gezinsconcept in het Belgische sociaalzekerheidsrecht", in VAN MANEN, N.F. (ed.), *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2002, 333-342.

D'HONDT, S., "De doorwerking van het burgerlijk recht in het nationaliteitsrecht. De akte van bekendheid en de beëdigde verklaring in het nationaliteitsrecht", in FOGLETS, M.-CL., FOQUE, R. en VERWILGHEN, M. (eds), m.m.v. BOUCKAERT, S. en D'HONDT, S., *Naar de Belgische nationaliteit- Vers la nationalité belge*, Brussel, Bruylant, 2002, 245-294.

D'HONDT, S., "De plaats van nationaliteit in het huidige recht: verwerving, rol en doorwerking", in VANHEULE, D., FOGLETS, M.-CL. en HUBEAU, B. (eds), *Migratie- en migrantenrecht, Recente ontwikkelingen*, deel 8, Brugge, Die Keure, 2003, te verschijnen.

DIB-MAROUF, C., "Mariage, système dotal et litigiosité en Algérie, d'après la jurisprudence de la deuxième moitié du 20e siècle", in STRIJBOOSCH, F. en FOGLETS, M.-CL. (eds), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, International Institute for the sociology of law, 1999, 267-295.

DICKSON, B., "The 'de-internationalising' of private international law", in R. VANDER ELST (ed.), *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, tome II*, Brussel, Nemesis, 1986, 191-194.

DYER, A., "Note on the Moroccan proposals and clarifications concerning the institution of Kafala", in CIEC, *Actes et documents de la dix-huitième session*, I, Den Haag, Permanent bureau of the Conference, 1999, 87-89.

DYER, A., "L'évolution du droit international privé de la famille en Europe au cours du 'premier siècle' de la Conférence de La Haye du droit international privé: les avatars des Conventions de La Haye", in X., *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Straatsburg, 1992, 95-104.

EL KAROUNI, M., "La dot: une institution contraire à l'ordre public international belge?", in STRIJBOSCH, F. en FOGLETS, M.-CL. (eds), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique. The International Institute for the Sociology of Law*, Onati, International Institute for the Sociology of Law, 1999, 85-106.

ERAUW, J., "Tendenzen in het recht van grensoverschrijdende personen en families", in X., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving, twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 105-119.

FAVART, P., "Quelques spécificités maghrébines dans la condition des étrangers", in CARLIER, J.-Y. en VERWILGHEN, M. (eds), *Musulmans en Belgique: un statut juridique spécifique?*, Louvain-la-Neuve/Brussel, Academia/Sybid, 1989, 13-36.

FLEERACKERS, F., "Mensenrechten en menselijk leven: een rechtsantropologisch en rechtsfilosofisch onderzoek tussen rechtstheorie en rechtspraak", in PARMENTIER, S. (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 289-304.

FLINTERMAN, C., "De universaliteit van mensenrechten", in VAN BOVEN, T. en FLINTERMAN, C. (eds), *Universaliteit van mensenrechten. Fundamenteel en controversieel*, Leiden, Stichting NJCM, 1992, 69-73.

FOGLETS, M.-CL., "De vermenigvuldiging van buitenlandse familierechtsstelsels in België", in X., *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Antwerpen, UFSIA, 1993, 189-212.

FOGLETS, M.-CL., "Conflicts of law in Cross-cultural family disputes in Europe today. Who will reorient conflicts Law?", in STRIJBOSCH, F. en FOGLETS, M. CL. (eds), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, International Institute for the Sociology of Law, Onati, 1999, 27-46.

FOGLETS, M.-CL., "Recht op liefde voor vreemdelingen? De controle op de privacy van vreemdelingen in de strijd tegen ongewenste migratie", in RAES, K., *Liefde's onrecht*, Gent, Mys&Breesch, 1998, 155-173.

FOGLETS, M.-CL., "Recht en migranten, fricties tussen gelijkheid en verscheidenheid", in DEFEYTER, K., FOGLETS, M.-CL. en HUBEAU, B. (eds), *Migratie- en migrantenrecht*, Brugge, Die Keure, 1995.

FOGLETS, M.-CL., "Kinderen van buitenlandse of onbekende nationaliteit zonder identiteitsdocumenten en/of verblijfstitel in België. Een verkennende studie van enkele interne en internationale rechtsbronnen die de versteviging van de verblijfspositie van deze jongeren in België kunnen bevorderen", in X., *Jaarboek Mensenrechten 1996-1997*, Antwerpen, I.C.R.M., 1997,

105-147.

FOBLETS, M.-CL., "Enkele concrete voorstellen ter versteviging van de gezinspositie van Marokkaanse migrantenvrouwen in België: huwelijk en echtscheiding", in FOGLETS, M.-CL., *Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen: wat zijn passende juridische oplossingen?*, Antwerpen, Maklu, 1998, 215-295.

FOBLETS, M.-CL., "Conflicts of law in Cross-cultural family disputes in Europe today. Who will reorient conflicts Law?", in STRIJBOSCH, F. en FOGLETS, M.-CL. (eds), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, International Institute for the Sociology of Law, 1999, 27-45.

FOBLETS, M.-CL., "Toenemende mobiliteit en localisatie van rechtsbetrekkingen. Niet-E.G.-migranten van mediterrane herkomst in België", in FOGLETS, M.-CL. (ed.), *Migranten en (ge)recht: vragen naar cultuurwaarden in het recht (themanummer 'Cultuur en Migratie')*, Brussel, Cultuur en migratie, 1991, 11-40.

FRANCE, P., "La pratique judiciaire à Bruxelles en matière de mariages simulés", in MASSON, J.-P., DE PAGE, P. en HIERNAUX, G., *Démariage et coparentalité. Le droit belge en mutation*, Gent, Story-Scientia, 1997, 191-230.

GAUDEMET-TALLON, H., "Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen: quelques repères", in X., *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A.L. DROZ. On the progressive unification of private international law*, Den Haag, Nijhoff, 1996, 85-104.

GONZALES CAMPOS, J.D., "Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique", in X., *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A.L. DROZ. On the progressive unification of private international law*, Den Haag, Nijhoff, 1996, 105-215.

HEYVAERT, A., "De gezinsrechtelijke situatie van Marokkanen met vast verblijf in België", in DEFYTER, K., FOGLETS, M.-CL. en HUBEAU, B. (eds), *Migratie- en migrantenrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 287-337.

HOCHART, C. en RUDE-ANTOINE, E., "Des questions de qualification et de preuve à propos des fiançailles, du concubinage, du mariage selon la coutume musulmane: Le cas de la France", in STRIJBOSCH, F. en FOGLETS, M.-CL. (eds), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, The International Institute for the Sociology of Law, 1999, 71-84.

HUBEAU, B., "Het Europese unieburgerschap: naar een Europees grondrechtensysteem?", in PARMENTIER, S. (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 57-105.

JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Lesbians and gays and the freedom of movement of persons", in WAALDIJK, K. en CLAPHAM, A. (eds), *Homosexuality: a European community issue. Essays on Lesbian and Gay Rights in European Law and Policy*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1993, 289-316.

JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Towards a 'European' Private International Law?", in DE WITTE, B. en FORDER, C. (eds), *The common law of Europe and the future of legal education*, Deventer, Kluwer, 1992, 265-283.

JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Familiehereniging in Europa. Werk in de Raad van Europa en de EU", in FOBLETS, M. CL., HUBEAU, B. en VANHEULE, D., *Migratie- en migrantenrecht. Recente ontwikkelingen*, Brugge, Die Keure, 2002, 252-277.

JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Internationale adoptie, nationaliteit en vreemdelingenrecht", in BEUKENHORST, D.H., DE BOER, TH.M. en OFFERHAUS, J. (eds), *Offerhauskring – vijftwintig jaar. Feestbundel ter gelegenheid van het vijftwintigjarig bestaan van de Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus*, Deventer, Kluwer, 1987, 105-121.

KALTENBACH, J.H., "Quelques réflexions sur la naïveté en matière de droit musulman", in ETIENNE, B. (ed.), *L'islam en France: Islam, état et société*, reeks Études de l'annuaire de l'Afrique du Nord, Paris, CNRS, 1990, 217-227.

KILLERBY, M., "Family law in Europe. Standards set by the member States of the Council of Europe", in MEULDERS-KLEIN, M.-T., *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Brussel, Bruylant, 1998, 351-378.

KILLERBY, M., "The Council of Europe's Contribution to Family Law (Past, Present and Future)", in LOWE, N. en DOUGLAS, G. (eds), *Families across frontiers*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 13-25.

KOENS, M.J.C., "Family migration in the Netherlands", in LOWE, N. en DOUGLAS, G. (eds), *Families across frontiers*, Den Haag, Kluwer, 1996, 483-498.

KOENS, M.J.C., "Het belang van het kind in het vreemdelingenrecht", in X., *Met het oog op het belang van het kind. Opstellen aangeboden aan Professor Mr. Madzy Rood-de Boer ter gelegenheid van haar emeritaat*, Deventer, Kluwer, 1988, 255-265.

LABAYLE, H., "L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale", in FULCHIRON, H. (ed.), *Les étrangers et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1999, 83-107.

LAGARDE, P., "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation", in X., *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brussel, Bruylant, 1993, 263-282.

LAMMERANT, I., "Tableaux comparatifs des législations européennes en matière d'adoption", in MEULDERS-KLEIN, M.-T. (ed.), *Adoption et formes alternatives d'accueil*, Brussel, Story-Scientia, 1990, 217-222.

LEGROS, P., "L'influence du droit international privé sur la jurisprudence de la Cour d'Arbitrage", in X., *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, tome II, Brussel, Nemesis, 1986, 517-528.

LENAERTS, K., "Le statut du droit étranger en Droit international privé belge. Vers un nouvel équilibre?", in R. VANDER ELST (ed.), *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, tome II, Brus-

sel, Nemesis, 1986, 529-555.

LEROY, M., "Sur la frontière entre distinction admissible et discrimination prohibée", in R. VANDER ELST (ed.), *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, tome II*, Brussel, Nemesis, 1986, 557-569.

MATSCHER, F., "Methods of interpretation of the Convention", in MACDONALD e.a. (ed.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1993, 63-81.

MEULDERS-KLEIN, M.T., "Réflexions sur les destinées de la possession d'état d'enfant", in X., *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille*, Strasbourg, Presses universitaires, 1994, 319-339.

MURAT, P., "Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé)", in X., *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille*, Strasbourg, Presses universitaires, 1994, 340-356.

MEYER, C., "L'homosexualité dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme", in D. BORILLO (ed.), *Homosexualité et droit. De la tolérance à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 1998, 153-197.

MILOJEVIC, M., "L'adoption internationale", in X., *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, reeks Publications de la maison des sciences de l'homme de Strasbourg 7, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1992, 823-830.

MITCHELL, R., "Family law in Algeria before and after the 1404/1984 Family Code", in GLEAVE, R. (ed.), *Islamic law. Theory and practice*, London/New York, I.B. Tauris, 1997, 195-204.

POULTER, S., "Les systèmes juridiques en Europe et les populations musulmanes", in FOLETS, M.-CL. (ed.), *Familles - islam - Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, 47-56.

RUTTEN, S.W.E., "Vrouwen en het internationaal privaatrecht", in HERINGA, A.W., HES, J. en LIJNZAAD, L. (eds), *Het vrouwenverdrag: een beeld van een verdrag...*, Antwerpen/ Apeldoorn, Maklu, 1994, 255-272.

SENAEVE, P., "Het personen- en familierecht, de Grondwet en het E.V.R.M.", in X., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving, twintig jaar post-universitaire cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys en Breesch, 1993, 331-375.

SENAEVE, P., "De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel", in R. BLANPAIN (ed.), *Liber Amicorum Roger Blanpain*, Brugge, Die Keure, 1998, 799-821.

SENAEVE, P., "Rechterlijke censurering van wetgeving op het vlak van het familierecht op grond van de bescherming van de mensenrechten", in X., *De menselijke maat, opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. Dr. G.P. Hoefnagels*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 91-112.



SENAEVE, P., "Le lien de filiation et les droits de l'homme", in CONSEIL DE L'EUROPE (ed.), *XXVIIe Colloque de droit européen sur les problèmes juridiques concernant le lien de filiation, Valetta (Malta), 15-17 september 1997*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, 3-26.

SENAEVE, P., "Het belang van het kind in het Belgische familierecht", in X., *Met het oog op het belang van het kind. Opstellen aangeboden aan professor mr. Madzy Rood-De Boer ter gelegenheid van haar emeritaat*, Deventer, Kluwer, 1988, 119-127.

SHAHEEN SARDAR, A., "Women's Human Rights in Islam: towards a theoretical framework", in COTRAN, E. en MALLAT, C. (ed), *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law, IV, 1997-1998*, Den Haag, KLUwer Law International, 1998, 117-152.

SILVEIRA, L., "The admission of aliens to the territory of the host country and their residence there", in COUNCIL OF EUROPE, DIRECTORATE OF HUMAN RIGHTS, *Human rights of aliens in Europe*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, 109-159.

STRIJBOSCH, F., "The anthropological study of customary law for practical-juridical ends: some remarks on methodology", in STRIJBOSCH, F. en FOLETS, M.-CL. (eds), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, The International Institute for the Sociology of Law, 1999, 15-26.

THEUNIS, J., "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen", in ALEN, A., BOES, M. en DERUYCK, F. (eds), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Gent, Mys en Breesch, 1996-97, 129-181.

VAN DEN EECKHOUT, V., "Prévoir l'imprévisible: les techniques de droit international privé et le doute quant à la réussite de relations familiales mixtes", in STRIJBOSCH, F. en FOLETS, M.-CL. (eds), *Relations familiales interculturelles. Séminaire interdisciplinaire juridique et anthropologique*, Onati, The International Institute for the Sociology of Law, 1999, 121-136.

VAN DE VELDE, J., "Burgerlijke stand en verblijf", in CUYPERS, D., FOLETS, M.-CL. en HUBEAU, B. (eds), *Migratie- en migrantenrecht: recente ontwikkelingen* (deel 6), Brugge, Die Keure, 2001, 451-460.

VANHEULE, D., "Raakpunten van het vreemdelingen- en het burgerlijk recht", in ALEN, A., BOES, M. en DERUYCK, F. (eds), *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva*, Gent, Mys en Breesch, 1996-97, 361-421.

VERWILGHEN, M., "Le renouveau de l'adoption internationale", in VERWILGHEN, M. en DE VALKENNEER, R. (eds), *Les relations familiales internationales*, Brussel, Bruylant, 1993, 133-191.

WALLEYN, L., "Recht op huwelijk en gezinsleven voor niet-verblijfsgevestigde vreemdelingen", in X., *Jaarboek Mensenrechten 1996-97*, Antwerpen, UFSIA/Maklu, 1997, 149-158.

WARDLE, L.D., "International marriage recognition: a world dilemma", in LOWE, N. en DOUGLAS, G. (eds), *Families across frontiers*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1996, 75-88.

WASSERSTEIN-FASSBERG, C., "Chose-of-law-models: the internal interreligious context", in X., *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst, II*, Brussel, Nemesis, 1986, 885-910.

WATTE, N., "Les relations internationales en droit international privé et l'incidence du principe d'égalité entre l'homme et la femme", in X., *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, tome II*, Brussel, Nemesis, 1986, 911-928.

WATTE, N. en BOULARBAH, H., "Le règlement communautaire en matière matrimoniale et de responsabilité parental (Règlement dit "Bruxelles II")", in FALLON, M. en MARTIN-BOSLY, M. (eds), *Le contentieux du mariage et du divorce dans l'Union européenne. Le nouveau règlement CE dit de Bruxelles. Documentation*, Louvain-La-Neuve, U.C.L. - Département de droit international du faculté de droit, 2001, 150-244.

WILLEKENS, H., "Toepasselijkheid en toepassing van het beginsel van de gelijkheid tussen man en vrouw in het afstammingsrecht", in VAN HOECKE, M., DEBAEDT, F., DIRIX, E. en GJJSSELS, J. (eds), *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 341-387.

WOODMAN, G.R., "Some realism about customary law - The West African experience", in DUNDES RENTELN, A. en DUNDES, A. (eds), *Folk Law: essays in the theory and practice of Lex non scripta, II*, Madison, University of Wisconsin Press, 1994, 83-110.

<b>Tijdschriftartikels</b>
----------------------------

- ACVZ, "Advies ACVZ. Buitenlandse documenten en de toepassing van DNA-identificatie in het Nederlands vreemdelingenbeleid", *M.R. (Ndl.)* 2003, 16-17.
- AIT ZAI, N., "La kafala en droit algérien", *Rev. algér.* 1993, 793-804.
- AIT ZAI, N., "L'enfant illégitime dans la société musulmane", *Rev. algér.* 1999, 229-239.
- ALTORKI, S., "Milk-kinship in Arab Society. An unexplored problem in the Ethnography of Marriage", *Ethnology* 1980.
- ASLAOUI, L., "Le statut juridique de l'enfant au maghreb", *Rev. algér.* 1990, 241-257.
- BAEHR, P.R., "50 jaar Universele Verklaring van de Rechten van de Mens", *N.J.B.* 1998, 2011-2016.
- BARNICH, L., "La technique du renvoi dans la matière de l'adoption internationale", *R.G.D.C.* 1994, 397-405.
- BELL, M., "We are family? Same-sex partners and EU migration law", *M.J.* 2002, 335-356.
- BELLOUBET-FRIER, N., "Le principe d'égalité (en France)", *A.J.D.A.* 1998, 152-164.
- BENHAMOU, Y., "La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants", *Rev. trim. D.H.* 1996, 23-34.
- BLANMAILLAND, F., "Droit des immigrés de vivre en famille. Quelques priorités dans la situation de la Belgique", *Les dossiers du MRAX* 1996, 23-27.
- BLANMAILLAND, F., "Is de reglementering inzake EU-vreemdelingen en gelijkgestelden eindelijk aangepast aan het gemeenschapsrecht?", *T. Vreemd.* 1998, 153-160.
- BLERO, B., "A propos de quelques circulaires du ministre de l'Intérieur en droit des étrangers. Nature et valeur du procédé", *Rev. dr. étr.* 1998, 297-316.
- BOELE-WOELKI, K., "De wenselijkheid van een IPR-verdrag inzake samenleving buiten het huwelijk", *F.J.R.* 1999, 11-13.
- BOELE-WOELKI, K., "De prijs van het homo-huwelijk", *F.J.R.* 1999, 113.
- BOHMER, C., "Sind noch alle Eheverbote zeitgema?", *StAZ.* 1991, 125-130.
- BOLTEN, J. J., "Het schijnhuwelijk tussen vreemdelingenrecht en gelijkberechtiging van vrouwen", *A.A.* 1981, 603-617.
- BONTEMS, C., "L'influence française dans le projet de code de la famille algérienne", *Rev. tunis. Dr.* 1979, 113-143.

- BORGHS, P., "De openstelling van het burgerlijk huwelijk voor partners van hetzelfde geslacht", *Nieuwsbrief Liga voor Mensenrechten* september 2001, 2-10.
- BORNER, A., "Die Eheschliessung im marokkanischen Recht - Form und Beweis. Zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 12.8.1992", *StAZ.* 1993, 377-392.
- BOSSUYT, M., "Het discriminatieverbod en 'positieve actie'", *R.W.* 1998, 241-246.
- BOUCAUD, P., "Le droit de se marier", *Rev. trim. D.H.* 1992, 3-46.
- BOUCAUD, P., "Droit des enfants en droit international", *Rev. trim. D.H.* 1992, 447-470.
- BOUCKAERT, F., "Internationaal privaatrecht en grepen uit de notariële praktijk. Ontleding van casussen", *T. Not.* 1998, 322-343.
- BOUET-DEVRIERE, S., "La protection universelle des droits de la femme: vers une efficacité accrue du droit positif international?", *Rev. trim. D.H.* 2000, 453-477.
- BOURRACHOT, F., "La protection des étrangers justifiant d'une résidence habituelle en France de plus de quinze ans", *D.* 2000, 678-681.
- BREMS, E., "De nieuwe grondrechten in de Belgische grondwet en hun verhouding tot het Internationale, inzonderheid het Europese recht", *T.B.P.* 1995, 619-636.
- BREMS, E., "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, 240-314.
- BRIBOSIA, E., "Chronique de jurisprudence. Droits des étrangers - droits fondamentaux de la personne (1997-1999)", *Rev. dr. étr.* 1999, 746-766.
- CANIVET, J., "De l'équivalence des institutions prévoyant la filiation adoptive en droit international privé belge", *J.T.* 1972, 685-688.
- CARLIER, J.-Y., "Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 447-462.
- CARLIER, J.-Y., "Note sous arrêt Touzani", *J.T.* 1987, 86.
- CARLIER, J.-Y., "Le droit d'entrée et de séjour des ressortissants des Etats membres", *Actualités de droit* 1994, 145-164.
- CARLIER, J.-Y., "Vers une citoyenneté européenne ouverte", *Ann. Dr. louv.* 1998, 119-134.
- CARLIER, J.-Y., "La libre circulation des personnes dans l'Union européenne. Chronique annuelle de législation et de jurisprudence", *J.T.D.E.* 1996, 63-69, 1997, 193-200, 1999, 56-63, 2000, 54-60 en 2001, 54-63.
- CARLIER, J.-Y., "La reconnaissance mesurée des répudiations par l'examen *in concreto* de la contrariété à l'ordre public", *Rev. trim. dr. fam.* 2003, 35-47.
- CHOLEWINSKI, R., "Strasbourg's 'hidden agenda'? The protection of Second-generation migrants from expulsion under article 8 of the European Convention on Human Rights", *N.Q.H.R.*

1994, 287-306.

CHOLEWINSKI, R., "The protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe", *I.C.L.Q.* 1994, 568-598.

CLAES, E. en VANDAELE, A., "L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme", te verschijnen in *B.T.I.R.*

COENRAETS, P., "Les méthodes d'interprétation de la Cour d'arbitrage", *R.I.E.J.* 1992, 111-130.

COHEN, D., "La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *R.C.D.I.P.* 1989, 451-483.

CREPEAU, F. en CARLIER, J.Y., "Intégration régionale et politique migratoire. Le 'modèle' européen entre coopération et communautarisation", *J.D.I.* 1999, 953-1019.

CVETIC, G., "Immigration cases in Strasbourg: the right to family life under article 8 of the European Convention", *I.C.L.Q.* 1987, 647-655.

DEFOORT, P.-J., "De taak van de wetgever inzake ongelijke behandeling op grond van seksuele geaardheid", *R.W.* 1997-98, 625-635.

DE HEMRICOURT DE GRUNNE, M., "Reconnaissance et statut des apatrides en Belgique", *Ann. dr. Louvain* 1999, 343-388.

DEKEUWER-DEFOSSEZ, F., "Le droit de la filiation à l'épreuve des pratiques administratives et judiciaires", *D.* 1986, Chr. LI, 314-315.

DE LANGE, T. en REURS, M.A.G., "Voortgezet verblijf na verbreking huwelijk/relatie. TBV 1997/5: verduidelijking of aanscherping?", *Migrantenrecht* 1997, 152-155.

DE LANGE, T., "Voldoende middelen van bestaan bij gezinshereniging, deel 2", *Migrantenrecht* 1997, 81-87.

DEL PILAR DIAGO DIAGO, M., "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", *Ann. dr. louv.* 2001, 407-441.

DEMARS, S., "Les relations entre les frères et sœurs au sein de la famille en droit civil", *T.B.B.R.* 2000, 74-94.

DENDANI, D., "Droit de filiation. Adoption et kafala", *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques* 1993, 779-791.

DENIS-LINTON, M., "L'extension du champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. fr. dr. adm.* 1993, 541-548.

DEPPING, R. en DE LANGE, T., "Voldoende middelen van bestaan bij gezinshereniging. Een jurisprudentie-overzicht 1997-juli 1999", *Migrantenrecht* 1999, 171-178 en 199-213.

DEPREZ, J., "Droit international privé et conflits de civilisations", *Recueil des cours de La Haye* 1988, IV, 19-368.

- DE SCHUTTER, O., "L'intervention des autorités publiques dans les relations familiales et l'obligation de prévenir les mauvais traitements: vie familiale et droit à la protection de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 427-455.
- DE SCHUTTER, O., "'State action' et 'Drittwirkung': du différend en droit", *R.I.E.J.* 1992, 73-110.
- DE SCHUTTER, O., "La nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme", *C.D.E.* 1998, 319-352.
- DE SCHUTTER, O., "La souveraineté de l'état et les droits de la personne immigrée", *Rev. dr. étr.* 1995, 261-270, *J. dr. jeun.* 1996, 198-204.
- DE SCHUTTER, O., "Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens", *Rev. dr. étr.* 1996, 531-553.
- DETHEUX, A., "Commentaires de la circulaire du Ministre de l'Intérieur du 15 décembre 1998 relatif à l'application de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 et la régularisation de situations particulières", *Rev. dr. étr.* 1999, 3-22.
- D'HONDT, S., "De aangifte van het huwelijk – Commentaar bij de Wet van 4 mei 1999", *E.J.* 1999, 98-110.
- D'HONDT, S., "De Wet van 4 mei 1999: de strijd tegen schijnhuwelijken burgerrechtelijk geconsacreerd", *T. Vreemd.* 2000, 109-118.
- D'HONDT, S., "Over schijn, zaken en schijnbare zaken. De geldigheid van het zakelijke huwelijk herafgewogen tegen de nietigheid van het schijnhuwelijk", *R.W.* 2001-2002, 145-153.
- D'HONDT, S. en FOLETS, M.-CL., "De strijd tegen ontoelaatbare huwelijken: met welke middelen? Rechtspraakoverzicht – twee jaar toepassing van de Wet van 4 mei 1999", *T. Vreemd.* 2002, 115-149.
- DOCQUIR, B., "Le droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme", *Ann. dr. louv.* 1999, 473-522.
- DOCQUIR, P.-F., "Quelques observations relatives à la discrimination en fonction de la nationalité en matière de droits sociaux", *Rev. dr. étr.* 1999, 767-779.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., "La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: quelle valeur ajoutée, quel avenir?", *Rev. du marché commun et de l'Union européenne* 2000, 674-680.
- EICKE, T., "The European Charter of Fundamental Rights - unique opportunity or unwelcome distraction", *E.H.R.L.R.* 2000, 280-296.
- EL KAROUNI, M., "La dot: une institution contraire à l'ordre public belge", *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 403-423.
- ERAUW, J., BOUCKAERT, F., CLAEYS, M., LAMBEIN, K., WAUTERS, W. en WYLLEMAN, B., "Overzicht van rechtspraak (1965-1984). Internationaal privaatrecht", *T.P.R.* 1984, 1329-1499.

ESVELDT, I. en SCHOORL, J.J., "Veranderingen in de huwelijkssluiting van Turken en Marokkanen in Nederland", *Bevolking en gezin* 1998, afl. 3, 53-86.

FALLON, M., "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne", *Rec. des Cours* 1995, nr. 253, 9-282.

FALLON, M., "La théorie de l'adaptation au secours de l'ordre public dans les adoptions internationales?", *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 133-148.

FALLON, M., "Une chronique anticipée du droit international privé de la famille (1980-2000)", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 475-494.

FALLON, M., "Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-1987)", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 193-243.

FELDMAN, D., "The developing scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights", *E.H.R.L.R.* 1997, 265-274.

FLAUSS, J.-FR., LAMBERT, E. en SCIOTTI, CL., "Les droits de l'homme dans l'Union européenne: chronique d'actualité", *R.D.I.D.C.* 1999, 109-160.

FOBLETS, M.-CL., "Quelques réflexions à propos de la régularisation rétroactive de mariages *solo consensu*", *Rev. dr. étr.* 1990, 354-357.

FOBLETS, M.-CL., "Remaniement de quelques dispositions-clés du code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées? (première partie)", *Rev.dr.étr.* 1994, 125-135.

FOBLETS, M.-CL., "'Als de liefde niet blijft duren...' Het gezinsherenigingsrecht van vreemdelingen nu ook aan het gelijkheidsbeginsel getoetst", *Panopticon* 1996, 105-111.

FOBLETS, M. en VELAERS, J., "L'appréhension du fait religieux par le droit - à propos des minorités religieuses", *Rev. trim. D.H.* 1997, 273-307.

FOBLETS, M.-CL., "Conflits conjugaux et immigration. Libérer la femme musulmane malgré elle?", *Ann. dr. louv.* 1999, 45-68.

FORDER, C., "The anti-discrimination principle as an instrument of change in family law", *N.I.L.R. (Ndl.)* 1998, 29-64.

FORDER, C., "Artikel 23 IVBPR: een mondiaal familierecht in een notedop", *N.J.C.M.* 1994, 107-118.

FORDER, C., "Article 8 ECHR: The Utter Limits of 'Family Life' and the Law of Parenthood", *M.J.* 1997, 125-142.

FORDER, C., "Common minimum standards in immigration matters", *M.J.* 2002, 221-229.

FORDER, C., "Het mensenrechtelijke hart van het familierecht: overzicht van de ontwikkelingen 1995-2000", deel 1, *N.J.C.M.* 2002, 992-1011.

FRANSSENS, G. en FOLETS, M. CL., "L'établissement et la validité du lien conjugal entre époux d'une même nationalité étrangère ou de nationalité différente. Les grands principes et leur application en droit international privé belge, illustrés au moyen de la jurisprudence", *Rev. dr. étr.* 1997-98, 705-720.

FREEMAN, G.P. en OGELMAN, N., "Homeland citizenship policies and third country nationals in the EU", *Journal of Ethnic and Migration Studies* 1998, 769-788.

GANNAGE, P., "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *R.C.D.I.P.* 1992, 425-454.

GAUDEMET-TALLON, H., "La désunion du couple en droit international privé", *Recueil des cours* 1991, I, nr. 127, 9-280.

GERLO, J., "Het arbitragehof en het afstammingsrecht", (noot bij Arb. nr. 36/96, 6 juni 1996), *Arr. Arb.* 1996, 471-479.

GILLES, C., "La nullité des mariages simulés", *J.T.* 1991, 361-365.

GOUDSMIT, S. en DE LANGE, T., "Kroniek vreemdelingenrecht. Eindelijk aandacht voor immigrantenvrouwen?", *Nemesis* 1999, 159-165.

GUILD, E., "Competence, discretion and third country nationals: the European Union's legal struggle with migration", *Journal of Ethnic and Migration Studies* 1998, 615-625.

GUIRAUDON, V., "Third country nationals and European law: obstacles to rights' expansion", *Journal of Ethnic and Migration Studies* 1998, 657-674.

GUIZEMANES, N., "Les étrangers et les récentes réformes du droit de l'immigration et de la nationalité", *J.D.I.* 1994, 59-88.

HEYVAERT, A., "De grenzen van de gezinsautonomie in de internationale openbare orde in België", *R.W.* 1981-82, 2222-2242.

HIGGINS, R., "Facing the future", *N.J.C.M.* 1994, 619-620.

HOLTMAAT, R., "De kracht van een verdrag. Mogelijkheden voor doorwerking van het VN-Vrouwenverdrag in het Nederlandse recht", *N.J.B.* 1998, 650-657.

JACOBS, H., "Overzicht van rechtspraak (1995-2002) – De echtscheiding in het internationaal privaatrecht", *E.J.* 2003, 33-48 en 51- 65.

JAHEL, S., "La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français", *Revue internationale de droit comparé* 1994, 31-58.

JAYME, E., "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Rec. des Cours* 1995, 9-268.

JEDID, G., "L'adoption de l'enfant étranger", *Rev. dr. étr., hors-série: Le mineur étranger et le droit belge* 1995, 34-46.



- JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Het recht op gezinsleven en het vreemdelingenrecht", *N.J.B.* 1990, 819-822.
- JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Geregistreerd partnerschap en de Europese Unie", *N.J.B.* 1995, 1566-1570.
- JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Het geregistreerd partnerschap, het 'homohuwelijk' en het IPR", *N.J.B.* 1999, 30-31.
- JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Vrijheid van verkeer voor geregistreerde partners in de Europese Unie", *N.J.B.* 2001, 205-210.
- JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Het Nederlandse huwelijk en het Koninkrijk", *N.J.B.* 2001, 807-808.
- JOPPE, I.S., "Het geregistreerd partnerschap in het Nederlands internationaal privaatrecht", *WPNR* 2000, 371-377 en 391-395.
- JORDENS-COTRAN, L., "Consulaire verstotingen, erkenningen en andere Marokkaanse zaken", *Migrantenrecht* 1995, 3-7.
- JORDENS-COTRAN, L., "Wet Voorkoming Schijnhuwelijken (I)", *Migrantenrecht* 1995, 43-49.
- JORDENS-COTRAN, L., "Bijdrage conferentie Rabat 'Kind, gezin en migratie'", *Migrantenrecht* 1999, 8-13.
- JORDENS-COTRAN, L., "De kwalificatie van de bruidsgave", *NIPR* 2000, 391-395.
- JORDENS-COTRAN, L. en VERBERK, W., "Gezinshereniging. Een jurisprudentie-overzicht 1994-1995 (I)", *Migrantenrecht* 1995, 119-121.
- JULIEN-LAFERRIERE, F., "Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale?", *D. (fr.)* 1992, Chron., 291- 295.
- KAYSER, P., "Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français", *J.C.P. (fr.)* 1993, 235-244.
- KARAGIANNIS, S., "Expulsions des étrangers... jurisprudence européenne", *Rev.trim.D.H.* 1999, 33-88.
- KOENS, M.J.C., "Immigratie, pleegkinderen en adoptie", *M.R.* 1995, 195-201.
- KOSLOWSKI, R., "European migration regimes: emerging, enlarging and deteriorating", *Journal of Ethnic and Migration Studies* 1998, 735-749.
- LABAYLE, H., "Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes", *Rev. fr. dr. adm.* 1993, 511-540.
- LAGARDE, P., "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", *Rec. Cours* 1986, 9-238.
- LALLEMAND, S., "Circulation des enfants exotiques, famille et mariage", *Droit et cultures (fr.)*

1991-92, 136-146.

LAMBERT, P., "Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme", *Rev. Trim. D.H.* 1998, 497-506.

LAROCHE-GISSEROT, F., "L'échec du mariage occidental en Afrique francophone: l'exemple de la Côte d'Ivoire", *R.D.I.C.* 1999, 54-84.

LEMMENS, P., "Immigratiebeleid, gezinsleven en discriminatieverbod", *R.W.* 1985-86, 1650-1655.

LEMMENS, P., "The relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights - Substantive Aspects", *M.J.* 2001, 49-67.

LENAERTS, K., "Kroniek van het internationaal privaatrecht (1980-1985) (eerste deel)", *R.W.* 1987, 1857-1908.

LENAERTS, K., "Kroniek van het internationaal privaatrecht (1985-1989) (eerste deel)", *R.W.* 1989-90, 902-920.

LENOIR, P., "L'homosexualité et le juge communautaire", *Rev. trim. D.H.* 1999, 407-423.

LESTHAEGHE, R., "Transnational islamic communities in a multilingual secular society", *Inter-site VUB - Interface demography*, 1999.

LEVINET, M., "L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. D.H.* 1999, 89-118.

LEVINET, M., "La revendication transsexuelle et la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. D.H.* 1999, 646-672.

LEVINET, M., "La Cour européenne des droits de l'homme de plus en plus compréhensive à l'égard des mesures d'éloignement des étrangers délinquants", *Rev. trim. D.H.* 2000, 301-313.

LIDDY, J., "Current Topic: The Concept of Family Life under the ECHR", *E.H.R.L.R.* 1998, 15-25.

LIENARD-LIGNY, M., "Jurisprudence belge de droit international privé: 1980-1990, choix de décisions", *R.B.D.I.* 1992, 136-163.

LIENARD-LIGNY, M., "Adoption internationale de majeurs et ordre public", (noot onder Rb. Brussel 16 november 1994), *J.L.M.B.* 1995, 529.

LIENARD-LIGNY, M., "Jurisprudence belge de droit international privé. Nationalité et relations familiales 1990-1994 - choix de décisions", *R.B.D.I.* 1995, 694-730.

LODEWIJCKX, E. en HENDRICKX, K., "Visies van ongehuwde tweede-generatie Marokkaanse jongeren op huwelijk, partnerkeuze en seksualiteit", *Bevolking en Gezin* 1998, 87-125.

LOUIS, B., "Une distinction nécessaire dans l'Etat-nation: la Communauté-nation et l'Etat-citoyenneté", *R.I.E.J.* 1993, 25-53.

- LOUSSOUARN, Y., "La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé", *A.I.D.I.* 1987, 295-371.
- MAYER, P., "La Convention européenne des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangères", *R.C.D.I.* 1991, 652-665.
- MASSON, J.-P., "L'opposition des ascendants au mariage de leurs descendants", *J.T.* 1978, 203.
- MEBROUKINE, A., "La convention algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien", *R.C.D.I.P.* 1991, 1-39.
- MEKOUAR, M.A., "Les couples non mariés en droit marocain: exclusion légale et marginalisation sociale", *Revue tunisienne de droit* 1985, 267-293.
- MENHOFER, B., "Zur Kafala des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten", *IPRax* 1997, 168-171.
- MONEGER, F., "La polygamie en questions", *J.C.P.* 1990, Doctr., nr. 3460.
- MOULAY R'CHID, A., "La réforme du code de statut personnel marocain. Une avancée dans la codification des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 429-445.
- MOULAY R'CHID, A., "Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans", *Rec. Cours* 1997, afl. 268, 9-290.
- M'SALHA, M., "Le droit familial marocain entre fidélité à la religion et aspiration à la réforme", *Rev. dr. étr.* 2000, 71-92.
- MUBERUKA, J.-Cl. en CHAPAUX, B., "La naturalisation dans le droit belge de la nationalité", *Rev. dr. étr.* 1998, 14-35.
- MUIR WATT, H., "Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale", *R.C.D.I.P.* 1999, 469-492.
- MULDER, L., "De Algemene Wet Gelijke Behandeling: meer migranten meer gelijk?", *Migrantenrecht* 1994, 131-137.
- MULDER, L., "Lang leve de culturele verscheidenheid!", *N.J.C.M.* 1994, 894-906.
- NERSON, R., "Jurisprudence française en matière de droit civil. Personnes et droit de famille", *R.T.D.Civ.* 1981, 129-153.
- NYS, M., "Le droit au regroupement: nouvelles dispositions", *Rev. dr. étr.* 1994, 3-27.
- NYS, M., "Le regroupement familial. Des droits et des protections", *Rev. dr. étr.* 1996, 493-504.
- NYS, M., "L'étranger, sa famille et le droit européen", *Les dossiers du MRAX* 1996, 3-18 en 33-39.
- OMBIONO, S., "Le mariage coutumier dans le droit positif camerounais", *Penant* 1989, 32-64.

- ORUCU, E., "Turkish family law: moving with the times", *M.R.* (Ndl.) 2003, 4-10.
- PANIER, C., "Inédits de droit de la famille VI-1. Mariage, état civil, divorce", *J.L.M.B.* 1993, 218-238.
- PARIS, C., "Le rôle de l'officier de l'état civil requis de célébrer un mariage présumé simulé", *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 335-347.
- PIERUCCI, C., "Les principes généraux du droit spécifiquement applicables aux étrangers", *Rev. trim. D.H.* 1999, 7-32.
- RIGAUX, F., "Les transsexuels devant la C.E.D.H.: une suite d'occasions manquées", *R.T.D.H.* 1998, 130-144.
- RIMANQUE, K., "Het recht op eerbiediging van het gezinsleven - een met goede bedoelingen bedreigd grondrecht", *R.W.* 1981-82, 2198-2220.
- RIMANQUE, K., "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1992, 6-15.
- RUBELLIN-DEVICHI, J., "Des éléments constitutifs du concubinage", *R.T.D. Civ.* 1990, 53-63.
- RUBELLIN-DEVICHI, J., "La justice et les mariages blancs", *Rev. fr. dr. adm.* 1993, 166-175.
- RUTTEN, S., "Mensenrechten en het IPR: scheiden of trouwen?", *NJCM-bulletin* 1998, 797-811.
- RUTTEN, S., "Consulaire huwelijken: wijziging Wet Conflictenrecht Huwelijk", *F.J.R.* 1999, 114-121.
- SACE, J., STORCK, C. en PATERNOSTER, A., "La loi nationale face aux structures patrimoniales étrangères", *Rev. not. b.* 2000, 234-245.
- SAPART, A., "Célébration et reconnaissance des mariages d'étrangers en Belgique. Implications au niveau communal", *Rev. dr. étr.* 1996, 515-524.
- SAROLEA, S., "Le mariage simulé en droit international privé", *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 9-30.
- SAROLEA, S., "L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 141-163.
- SAROLEA, S., "Chronique de jurisprudence de droit international privé. La personne et les relations familiales (1988-1996)", *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 7-81.
- SAROLEA, S., "La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'éloignement et de détention des étrangers au départ de l'arrêt Chahal", *Rev. dr. étr.* 1997, 19-35.
- SAROLEA, S., "L'apatridie du point de vue interétatique au droit de la personne", *Rev. dr. étr.* 1998, 183-211.
- SAROLEA, S., "Le règlement de Bruxelles II", *Rev. dr. étr.* 2001, 473-480.

SCARCEZ, M., "Le mariage d'un étranger avec un national ou assimilé l'exempte-t-il des formalités d'entrée sur le territoire?", (noot onder R.v.St. 30 juni 1993), *J.L.M.B.* 1994, 21-23.

SCHEIWE, K., "EC Law's Unequal Treatment of the Family: The Case Law of the European Court of Justice on Rules Prohibiting Discrimination on Grounds of Sex and Nationality", *Social and Legal Studies* 1994, 243-265.

SCHOKKENBROEK, J., "The Basis, nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *H.R.L.J.* 1998, 20-23.

SCHRAMA, W., "De betekenis van het EVRM voor de burgerlijke stand in de lidstaten van de CIEC", *F.J.R.* 1998, 222-234.

SCHRAMA, W., "Niet-huwelijkse leefvormen en het IPR", *F.J.R.* 1999, 131-133.

SCHWELB, E., "Marriage and Human Rights", *A.J.C.L.* 1963, 337-383.

SENAEVE, P., "La prohibition du mariage en raison de la parenté et de l'alliance", *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 321-330.

SENAEVE, P., "De invloed van het EVRM op het Belgische familie- en jeugdrecht", *F.J.R.* 1986, 196-204.

SENAEVE, P., "De vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind en het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1990-91, 1211-1218.

SENAEVE, P., "Van Marckx tot Vermeire: 12½ jaar rechtspraak van het Straatsburgse Hof", *F.J.R. (Ndl.)* 1991, 195-199, 224-227, 244-247.

SENAEVE, P., "De wettelijke samenwoning en het geregistreerd partnerschap in het Belgisch recht", *F.J.R.* 1998, 254-259.

SENAEVE, P., "De Wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht", *E.J.* 2003, 50-61.

SIMON, H. J., "De verkeerde kant van het gelijkheidsbeginsel", *Sociaal recht* 1994, 39-49.

SLOOT, B. P., "Legitimatie van positieve discriminatie - twee redeneerpatronen", *A.A.* 1980, 655-663.

SMETS, J., "Het juridische statuut van de pleegouders en het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel", *Panopticon* 1997, 299-301.

SOSSON, J., "La filiation dans les pays membres de la Communauté européenne. Etude de droit interne comparé", *Rev.trim.dr.fam.* 1992, 5-34.

SOSSON, J., "Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage", *J.T.* 2000, 649-656.

STAATSCOMMISSIE VOOR HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT, "Advies en voorstel voor een aantal IPR-bepalingen inzake het geregistreerd partnerschap", *F.J.R.* 1998, 146-159.

- STILLE, A.L.G.A., "Het personen- en familierecht in de eenentwintigste eeuw", *Burgerzaken & Recht (Ndl.)* 1999, 114-117.
- STOREY, H., "The right to family life and immigration case law at Strasbourg", *I.C.L.Q.* 1990, 328-344.
- SUDRE, F., "Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *Rev.trim. D.H.* 1995, 363-384.
- TAVERNE, M., "Quelques réflexions à propos de la polygamie", *Ann. dr. Louv.* 1983, 237-248.
- TCHOUAR, D., "Le régime juridique de la dot en droit algérien", *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques* 1996, 569-596.
- TEZCAN, E., "Le droit du travail et le droit de séjour des travailleurs turcs dans l'Union européenne à la lumière des arrêts récents de la Cour de Justice des Communautés européennes", *Rev. du marché commun et de l'UE* 2001, 117-128.
- VAN DEN EECKHOUT, V., "Navigeren doorheen Belgische, internationaal privaatrechtelijke en Marokkaanse kanalen: sturing van huwelijkse vaderlijke afstamming", *T. Vreemd.* 1995, 339-388.
- VAN DEN EECKHOUT, V., "Het schurend scharniertje. Internationaal privaatrecht als draaischijf van de rechtspositie van vreemdelingen", *R.W.* 1995-96, 33-40.
- VAN DEN EECKHOUT, V., "Rechtspraak op glad ijs: navolging van (rechts-)culturele tradities als aanduiding van een reële huwelijkswil", (noot onder Rb. Brussel 9 april 1997), *E.J.* 1998, 47-52.
- VAN DEN EECKHOUT, V., "Huwelijk en echtscheiding in het Belgische conflictenrecht. Een overweldigende of ontluisterende kennismaking?", *Migrantenrecht* 1999, 67-73.
- VAN DEN EECKHOUT, V., "De wisselwerking tussen materieel recht en internationaal privaatrecht: eenrichtings- of tweerichtingsverkeer?", *R.W.* 1999-2000, 1249-1265.
- VAN DEN EECKHOUT, V., "Aanvechting in Nederland van internationale 'gedwongen' huwelijken", *F.J.R.* 2000, 141-148.
- VAN DEN EECKHOUT, V., "Internationaal privaatrecht en migratierecht. De evolutie van een twee-sporenbeleid", *Nemesis* 2002, 75-88.
- VAN DEN EECKHOUT, V., "De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht", *M.R.* 2002, 144-158.
- VAN DER LINDE, M., "De betekenis van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind voor migrantenkinderen", *Migrantenrecht* 1995, 104-111.
- VAN DE WIELE, K. en SCHATTEMAN, K., "De erkenning als rechtsbeginsel van het recht op geslachtswijziging door de Belgische rechtspraak", *R.W.* 1997-98, 175-183.
- VAN DROOGHENBROECK, S., "L'égalité entre étrangers dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. dr. étr.* 1997, 3-18.

VAN HECKE, G. en RIGAUX F., "Examen de jurisprudence (1976 à 1980). Droit international privé (conflits de lois)", *R.C.J.B.* 1982, 386-421.

VAN HECKE, G. en RIGAUX F., "Examen de jurisprudence (1981 à 1990). Droit international privé (conflits de lois)", *R.C.J.B.* 1991, 143-183.

VAN WALSUM, S., "Geen emancipatie maar afhankelijkheid: de rechtspositie van de buitenlandse vrouw in Nederland", *A.A.* 1992, 197-205.

VAN WALSUM, S., "Implicaties van het VN-vrouwenverdrag voor het Nederlandse vreemdelingenrecht", *Migrantenrecht* 1996, 131-137.

VAN WALSUM, S., "De feitelijke gezinsband onder de loep genomen", *Migrantenrecht* 1999, 147-152.

VAN WALSUM, S., "De feitelijke gezinsband onder de loep genomen (deel II)", *Migrantenrecht* 2000, 10-18.

VAN WAMELEN, C., "De emancipatie van pleegouders", *F.J.R.* 1999, 2-6.

VAN WIJK, G. J., "De houding van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bij kinderschermingsmaatregelen. Respect voor de rechten van het kind?", *N.J.C.M.-bulletin* 2000, 659-665.

VERHELLEN, J., "Het huwelijk", "De nationaliteit" en "De echtscheiding", in ERAUW, J., CLAEYS, M., LAMBEIN, K., ROOX, K. en VERHELLEN, J., "Internationaal privaatrecht en Nationaliteitsrecht 1993-1998", *T.P.R.* 1998, 1391-1409.

VERHELLEN, J., "Dubbele nationaliteit en het onderzoek naar de effectieve nationaliteit", (noot onder Vred. Antwerpen 9 oktober 1997), *R.W.* 1997-98, 1397-1400.

VERHOEVEN, J. en LHOEST, O., "Jurisprudence belge relative au droit international public", *R.B.D.I.* 1992, 599-631.

VERMEULEN, B.P., "Wie bepaalt de reikwijdte van grondrechten? (preadvies)", *R&R* 1992, nr. 2, 16-46.

VERSCHUEREN, H., "Migranten tussen hoop en vrees in het eengemaakte Europa", *Panopticon* 1991, 137-153.

VERSCHUEREN, H., "Het recht op gezinshereniging in de bilaterale tewerkstellings-overeenkomsten gesloten door België en de verdragen met derde landen gesloten door de E.G.", *T. Vreemd.* 1995, 16-20.

VERWILGHEN, M., "Vers un code belge de droit international privé. Présentation de l'avant-projet de loi portant Code de droit international privé", *Droit international privé Année 1998-1999*, 2001, 123-152.

VON BRUCKEN FOCK, E.P., "Familieleven en familierecht", *NJCM-bulletin*, speciaal nummer 45 jaar -E.V.R.M., 147-169.

VROUENRAETS, M. J. A., "Artikel 8 E.V.R.M.: de stand van zaken", *Migrantenrecht* 1998, 3-9.

- WAALDIJK, C. en TIELMAN, R., "Een model voor de afweging van botsende grondrechten", *N.J.C.M.* 1984, 208-228.
- WAALDIJK, C., "De voorgestelde Wet openstelling huwelijk", *F.J.R.* 1999, 198-208.
- WALLEYN, L., "Le conjoint d'un Belge assimilé à un étranger-CEE et le regroupement familial", *Rev. dr. étr.* 1988, 146-149.
- WARBRICK, C., "The Structure of Article 8", *E.H.R.L.R.* 1998, 32-44.
- WEILER, J.H.H., "Thou shalt Not Oppress a Stranger: on the judicial protection of the Human Rights of non-EC-nationals – A critique", *E.J.I.L.* 1992, 65-91.
- WENGLER, W., "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *R.C.D.I.P.* 1963, 203-231.
- WEYEMBERGH, A., "Les nouvelles formes de vie commune et leur impact sur le regroupement familial", *Rev. dr. étr.* 2000, 6-18.
- WILLEMS, A.W.M., "Family life en vreemdelingenrecht", *F.J.R. (Ndl.)* 1998, 277.
- ZAHRAA, M., "The legal capacity of women in Islamic law", *Arab Law Quarterly* 1996, III, vol. 11, 245-261.



# INHOUDSTAFEL

Dankwoord.....	I
Verkorte inhoudstafel.....	III
Lijst van verkort geciteerde werken.....	XX
Lijst van afkortingen .....	XXXI

## DEEL 1 ALGEMENE INLEIDING

HOOFDSTUK 1. ONDERZOEKSVOORWERP, WERKWIJZE EN WERKINSTRUMENTEN .....	1
A. Onderzoeksvoorwerp .....	1
B. Werkwijze	
B.1. De rechtsonderhorige: een onderscheid op grond van nationaliteit?.....	3
B.1.a. Het huidige verschil in behandeling op grond van nationaliteit.....	3
B.1.b. De stabiele verblijfspositie als te onderzoeken nieuw aanknopingscriterium ..	8
B.1.c. De gelijkheidstoets als onderzoeksmethode.....	13
B.2. Een vergelijkende studie binnen en tussen meerdere rechtstakken ..	16
B.3. Het gezinsconcept .....	19
C. Werkinstrumenten .....	21
C.1. De rechtspraakanalyse .....	21
C.1.a. Kwantitatieve afbakening van de rechtspraakanalyse: hoofdzakelijk uitgegeven rechtspraak .....	21
C.1.b. Kwalitatieve afbakening van de rechtspraakanalyse: een louter functionele analyse.....	22
C.1.c. Concrete betrachtingen van de rechtspraakanalyse.....	22
C.1.d. Actualisatie van het onderzoek .....	23
C.2. Een eclectische, functionele rechtsvergelijking .....	24
C.3. Een louter theoretische benadering .....	26
HOOFDSTUK 2. STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK	
A. Drie toegangspoorten tot het onderzoek (Deel 2).....	28
A.1. Eerste toegangspoort .....	28
A.2. Tweede toegangspoort.....	28
A.2.a. De rol van nationaliteit in het geheel van het recht .....	28
A.2.b. De rol van nationaliteit in het I.P.R. ....	30
A.3. Derde toegangspoort.....	33
B. Het ontstaan van gezinsleven tussen partners (Delen 3 en 4).....	34
HOOFDSTUK 3. DE GELIJKHEIDSTOETS EN HET EVOLUTIEVE KARAKTER VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL .....	35

## DEEL 2 DRIE TOEGANGSPOORTEN TOT HET ONDERZOEK

### DEEL 2A.

#### DE EVOLUTIE VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN HET BELGISCHE INTERNE RECHT, MET BIJZONDERE AANDACHT VOOR HET FAMILIERECHT

#### INLEIDING

#### HOOFDSTUK 1. DE EVOLUTIE VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL IN DE BELGISCHE REGELGEVING

A. De evolutie van een formeel naar een materieel gelijkheidsbeginsel .....	38
B. Exemplarische schets van de historische evolutie .....	41
C. Het effect van rechtsverfijning op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel en de invloed van het Hof voor de Mensenrechten.....	49
C.1. Onterechte rechtsverfijning als bron voor ongelijkheid in het recht.....	49
C.2. Terechte rechtsverfijning als bron voor gelijkheid in het recht.....	50
C.3. Rechtsverfijning bij de invulling van het gezinsconcept .....	51
D. De langzame implementatie van de rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten en het belang van wetgevend ingrijpen .....	53
D.1. Een trage implementatie van de Europese rechtspraak.....	53
D.2. Het argument van een te extensieve interpretatie door het Hof voor de Mensenrechten .....	55
D.3. Het belang en de risico's van wetgevend ingrijpen in vastgestelde discriminaties .....	62
E. Het gelijkheidscontentieux voor het Arbitragehof.....	63
E.1. Bevoegdheid.....	63
E.2. De toetsingscriteria.....	64
E.2.a. De toets van de vergelijkbaarheid .....	65
E.2.b. De legaliteitstoets.....	66
E.2.c. Het algemeen, objectief en onpersoonlijk karakter van het onderscheid.....	69
E.2.d. Een adequaat onderscheid.....	70
E.2.e. Een proportioneel onderscheid.....	71
E.3. Verfijningen van de gelijkheidstoets.....	74
E.4. Beperkingen aan de toets wegens de omvang van de saisine .....	77
HOOFDSTUK 2. EEN OVERZICHT VAN KNELPUNTEN IN HET BELGISCHE GEZINSCONCEPT .....	79
A. Inleiding .....	79
B. De invloed van rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten op de notie 'gezinsleven'. Een korte studie van de huidige bescherming van buitenhuwelijkse tweerelaties .....	83
B.1. De invloed van rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten op de	

<b>notie 'gezinsleven' .....</b>	<b>83</b>
<i>B.1.a. De definitie van de internrechtelijke notie 'gezinsleven' in het licht van art. 8 E.V.R.M. en rechtspraak van het Hof voor de Mensenrechten.....</i>	<i>83</i>
<i>B.1.b. De notie 'gezinsleven' in de zin van art. 8 E.V.R.M.: de afweging van juridisch tegen sociaal gezinsleven.....</i>	<i>85</i>
<i>* Een bescherming van elk feitelijk gezinsleven.....</i>	<i>85</i>
<i>* De aanhoudende prioritaire bescherming naar intern recht van juridisch gezinsleven .....</i>	<i>85</i>
<i>* De rol van het wilselement in de bescherming van gezinsleven .....</i>	<i>89</i>
<i>- De bescherming van het juridische gezinsleven tegen 'aanvallen' van buitenuit ..</i>	<i>89</i>
<i>- De bescherming van feitelijk gezinsleven .....</i>	<i>91</i>
<b>B.2. Conclusie m.b.t. de inleidende studie van het E.V.R.M. ....</b>	<b>92</b>
<b>C. De invloed van andere non-discriminatiebepalingen .....</b>	<b>92</b>
<b>C.1. Het I.V.R.K.....</b>	<b>92</b>
<b>C.2. Het I.V.B.P.R. ....</b>	<b>93</b>
<b>C.3. Het Vrouwenverdrag .....</b>	<b>95</b>
<b>C.4. Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.....</b>	<b>96</b>
<b>BESLUIT DEEL 2A.....</b>	<b>96</b>

**DEEL 2B.**

**BESCHOUWINGEN OMTRENT DE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET RECHT, MET BIJZONDERE  
AANDACHT VOOR HET I.P.R., GEVOLGD DOOR EEN VOORSTEL VAN NIEUWE  
AANKNOPINGSREGEL VOOR WAT BETREFT HET ONTSTAAN VAN GEZINSLEVEN**

**INLEIDING**

**HOOFDSTUK 1. DE NATIONALITEIT ALS INSTRUMENT OM FORMELE GELIJKHEID TE  
BEVORDEREN .....99**

<b>A. Het internationaalrechtelijke verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de begrensde staatssoevereiniteit inzake nationaliteit.....</b>	<b>99</b>
<b>A.1. Het verbod naar internationaal recht om te discrimineren op grond van de nationaliteit .....</b>	<b>99</b>
<i>A.1.a. Verdragsrechtelijke discriminatieverboden .....</i>	<i>99</i>
<i>A.1.b. Relevante bepalingen voor het onderzoek .....</i>	<i>101</i>
<i>A.1.c. De ontwijking van confrontaties met het gelijkheidsbeginsel door een voorafgaande selectie van binnenkomende conflicten via het verblijfsrecht. ....</i>	<i>103</i>
<b>A.2. De soevereiniteit van elke Staat om de nationaliteit toe te kennen.....</b>	<b>105</b>
<b>B. Het nationaalrechtelijke verbod van discriminatie op grond van nationaliteit .....</b>	<b>107</b>

**HOOFDSTUK 2. DE ROL VAN NATIONALITEIT IN HET RECHT IN VRAAG GESTELD ..... 110**

<b>Inleiding .....</b>	<b>110</b>
<b>A. Bedenkingen omtrent de intrinsieke waarde van nationaliteit .....</b>	<b>112</b>
<b>B. De verwaarloosde multifunctionele rol van nationaliteit in het hedendaagse ....</b>	<b>116</b>
<b>B.1. De verwaarlozing van de multifunctionele rol van nationaliteit in het W.B.N.....</b>	<b>116</b>
<b>B.2. De verwaarlozing van de multifunctionele rol van nationaliteit buiten het W.B.N. ....</b>	<b>120</b>
<b>C. De tanende invloed van het nationaliteitsbegrip in het I.P.R. ....</b>	<b>121</b>
<b>C.1. Algemene I.P.R.-correctiemechanismen .....</b>	<b>123</b>
<i>C.1.a. De nationaliteitsaanknopning inzake de staat van de persoon is nooit absoluut geweest.....</i>	<i>124</i>
<i>* De nationaliteitsaanknopning inzake de staat van de persoon .....</i>	<i>124</i>
<i>* Het relatieve karakter van de nationaliteitsaanknopning.....</i>	<i>125</i>
<i>C.1.b. De I.P.R.-correctiemechanismen.....</i>	<i>126</i>
<i>* De exceptie van internationaal privaatrechtelijke openbare orde.....</i>	<i>126</i>
<i>* Het beroep op algemene rechtsbeginselen .....</i>	<i>133</i>
<i>* De techniek van de terug- of verderverwijzing .....</i>	<i>136</i>
<i>* De techniek van de wegkwalificering .....</i>	<i>138</i>
<b>C.2. Correcties op het nationaliteitsbeginsel bij multipatridie .....</b>	<b>139</b>
<i>C.2.a. Het risico van hinkende rechtsposities .....</i>	<i>139</i>
<i>C.2.b. Het risico dat niet wordt aangeknoopt bij de rechtsorde van de meest</i>	

<i>effectieve nationaliteit</i> .....	141
C.2.c. <i>De vaststelling dat een onefficiënte aanknopng steeds vaker wordt           verlaten voor een louter functionele aanknopng</i> .....	144
<b>C.3. Correcties op het nationaliteitsbeginsel bij apatridie</b> .....	146
<b>C.4. Het gebrek aan een eenduidige regeling binnen bepaalde aangewezen       rechtsstelsels</b> .....	149
C.4.a. <i>De verwijzing naar een rechtssysteem met een pluraliteit van rechtsordes</i> ..	149
C.4.b. <i>De verwijzing in het kader van een materie die volop in ontwikkeling is</i> .....	150
<b>C.5. Voorstellen binnen de rechtsleer voor een nieuwe aanknopng</b> .....	151
<b>HOOFDSTUK 3. VOORSTEL VOOR EEN NIEUW AANKNOPINGSCRITERIUM: DE STABIELE       VERBLIJFSPOSITIE</b> .....	159
<b>A. Nationaliteit versus gestabiliseerde migratie en integratie</b> .....	159
<b>B. Aanknopingsmethodiek</b> .....	162
<b>C. Voorstel tot invulling van het begrip ‘gestabiliseerde migratie’</b> .....	167
C. 1. <i>De rol van de notie ‘integratie’ voor de invulling van het begrip           ‘gestabiliseerde migratie’</i> .....	167
<b>C.2. Een afbakening a.h.v. de beslissingscriteria in het verblijfs- en           nationaliteitsrecht</b> .....	169
C.2.a. <i>inleiding</i> .....	169
C.2.b. <i>Categorieën van vreemdelingen met een stabiele verblijfshpositie: toetsing               aan de criteria van het nationaliteitsrecht</i> .....	170
C.2.c. <i>Categorieën van vreemdelingen met een stabiele verblijfshpositie: toetsing               aan de criteria van het verblijfsrecht</i> .....	183
C.2.d. <i>De omgang met bestaande familiebanden naar buitenlands recht op het               ogenblik dat tot stabiele migratie wordt besloten</i> .....	192
C.2.e. <i>De bilateralisering van het voorstel</i> .....	194
C.2.f. <i>Besluit</i> .....	195
<b>C.3. Het voorbehoud van internationale afspraken inzake I.P.R</b> .....	204
<b>C.4. De voorgestelde aanknopingsmechanismen in het ontwerp van codificatie</b> .....	207
C.4.a. <i>De aanknopingsregels</i> .....	207
C.4.b. <i>Bemerkngen van de Raad van State bij het voorontwerp</i> .....	212
<b>C.5. De rol van nationaliteit in het onderzoek</b> .....	218
<b>HOOFDSTUK 4. I.P.R.-TECHNIEKEN OM GEZINSCONCEPTEN NAAR BUITENLANDS RECHT       EEN PLAATS TE GEVEN BINNEN DE BELGISCHE RECHTSORDE, VOOR       RECHTSSITUATIES DIE ZIJN ONTSTAAN VÓÓR DE INGANG VAN HET       STABIELE VERBLIJF</b> .....	219
<b>A. Inleiding</b> .....	219
<b>B. Adaptatie</b> .....	223
<b>B.1. Adaptatie in het belang van de werkzaamheid van een buitenlandse           rechtsbepaling in de Belgische rechtsorde</b> .....	223
<b>B.2. Adaptatie naar de inhoud van de wet om de sociale doelstelling van de           wetgever te verwezenlijken</b> .....	225

**C. De equivalentie- en substitutieleer: het gevaar voor een afwending van de term ‘equivalentie’ .....230**

**C.1. De begripsverwarring met een adaptatie of een vermomde ongerechtvaardigde substitutie.....231**

**C.2. De afwending van de equivalentietechniek om nieuwe klemtonen in het Belgische rechtsdenken een theoretische grondslag te verlenen .....233**

**D. Besluit.....236**

**BESLUIT DEEL 2B .....238**

# DEEL 2C.

## GEZINSHERENIGING NAAR NATIONAAL EN INTERNATIONAAL RECHT: ENKELE INLEIDENDE AANDACHTSPUNTEN IN HET LICHT VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

INLEIDING .....	243
HOOFDSTUK 1. DE NATIONALE IMMIGRATIEPOLITIEK, ONDERWORPEN AAN VERDRAGSRECHTELIJKE BEPALINGEN	
A. Art. 8 en 12 E.V.R.M. en het recht op gezinshereniging .....	249
A.1. De negatieve verplichting van de Lidstaten om geen ongerechtvaardigde inbreuk te maken op het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven en op het recht om te huwen en om een gezin te stichten .....	249
A.1.a. Art. 12 E.V.R.M. ....	250
* Geen recht om in België te huwen – wel een bescherming van het bestaande huwelijk en van het gezin in toepassing van een <i>elsewhere of connections</i> <i>approach</i> .....	250
* Het recht om een gezin te stichten, vooralsnog voorbehouden aan gehuwden (over de vooralsnog niet beschermde situatie van buitenhuwelijks samenwonenden) .....	253
A.1.b. Art. 8 E.V.R.M. ....	254
* Geen recht op gezinshereniging - wel een steeds soepelere <i>connections-</i> <i>approach</i> .....	254
* Een uitgebreider gezinsconcept dan naar intern verblijfsrecht: feitelijk gezinsleven als maatstaf .....	257
- Een uitgebreider gezinsconcept: samenwoont als voldoende maar niet steeds noodzakelijke voorwaarde .....	257
- Evenwel: uitsluiting van homoseksuele partners.....	260
A.2. Art. 8 E.V.R.M. als bron van positieve verplichtingen: de responsabilisering van de Lidstaten voor de redelijkheid van hun eigen gezinsherenigingsbeleid .....	261
A.2.a. Inleiding.....	261
* Gelijke behandeling inzake expliciet genoemde voorwaarden.....	262
* Gelijke behandeling inzake impliciete voorwaarden .....	263
A.2.b. Art. 8 E.V.R.M., gezinshereniging en de toetsing van een verschil in behandeling op grond van nationaliteit .....	264
A.2.c. Voordelen van een terugkoppeling naar art. 8 E.V.R.M. inzake gezinshereniging .....	266
B. Art. 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 16 en 18 I.V.R.K. en het recht op gezinshereniging.....	267
B.1. Relevante bepalingen .....	267
B.2. De werkingssfeer van het I.V.R.K. ....	268
B.2.a. Het begrip 'kind'.....	268
* Geen uitbreiding tot personen ouder dan achttien jaar .....	268
* Een beperking mogelijk tot een leeftijd die lager is bepaald dan de meerderjarigheidsleeftijd van de betreffende Staat? .....	268
B.2.b. De vraag naar de directe werking.....	270
* Inleiding .....	270
* Beoordelingscriteria .....	271
* Toepassing op het I.V.R.K. ....	274

* Toepassing op relevante bepalingen voor het gezinsherenigingsrecht.....	277
<b>C. Het Vluchtelingenverdrag, het Staatlozenverdrag en het recht op gezinshereniging .....</b>	<b>279</b>
<b>C.1. De erkende vluchteling .....</b>	<b>279</b>
<b>C.2. De kandidaat-vluchteling.....</b>	<b>282</b>
<b>C.3. Voorstellen voor een verruimd recht op gezinshereniging voor erkende vluchtelingen .....</b>	<b>283</b>
<b>C.4. De Staatloze.....</b>	<b>284</b>
<b>C.5. Voorstellen uit Europese hoek m.b.t. vreemdelingen met een bijzonder beschermingsstatuut .....</b>	<b>285</b>
<b>D. Het EU-recht en het recht op gezinshereniging .....</b>	<b>287</b>
<b>D.1. Een ongelijke behandeling op grond van nationaliteit .....</b>	<b>289</b>
<i>D.1.a. De regeling is overwegend beperkt tot familieleden van bevoorrechte EER-onderdanen .....</i>	<i>289</i>
<i>D.1.b. Uitzondering: de associatieverdragen met derde landen .....</i>	<i>292</i>
<i>D.1.c. Een regeling voor andere derdelanders in de maak .....</i>	<i>296</i>
* Vooralsnog geen regeling – slechts een impliciete inperking door het Verdrag van Dublin .....	296
* De gezinsherenigingsresolutie .....	298
* Het Verdrag van Amsterdam .....	300
* De Top van Tampere .....	300
* De Richtlijn van de Raad van 29 juli 2003 inzake het recht op gezinshereniging en het Commissievoorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden zich op het grondgebied van de Lidstaten vrij te verplaatsen en er vrij te verblijven.....	301
* Andere initiatieven, met het oog op een snellere verwerving van een duurzaam verblijfsrecht.....	307
- Het Voorstel voor een gelijke behandeling van lange-termijnverblijfhouders en EER-onderdanen, na drie jaar tewerkstelling .....	307
- Het Voorstel tot wijziging van Richtlijn 68/360/EEC .....	308
- Het Voorstel voor een Richtlijn van de Raad betreffende de status van langdurig ingezeten onderdanen van derde landen: een samentelling van verblijf in elke Lidstaat .....	309
- Naar een beperkt recht op vrij verkeer voor derdelanders met langdurig verblijf en hun familieleden .....	309
- Andere voorstellen.....	310
* Moet de rol van de E.U. worden gerelativeerd?.....	311
* De corrigerende werking van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.....	313
<b>D.2. Een ongelijke behandeling van E.U.-onderdanen en gelijkgestelden op grond van de relatievorm: ook naar E.U.-recht is een buitenhuwelijkse tweerelatie niet steeds gezinsleven dat recht geeft op gezinshereniging.....</b>	<b>314</b>
<b>E. Internationale bepalingen zonder rechtstreekse werking .....</b>	<b>319</b>
<b>F. Besluit .....</b>	<b>322</b>



**HOOFDSTUK 2. HET BELGISCHE GEZINSHERENIGINGSRECHT: VERSCHIJNINGSVORMEN  
VAN ONGELIJKE BEHANDELING OP GROND VAN NATIONALITEIT INZAKE  
HET RECHT OP GEZINSHERENIGING OP HET NIVEAU VAN DE  
BINNENKOMST**

<b>A. Inleiding: afbakening van het verdere onderzoek inzake gezinsherenigingsrecht .....</b>	<b>323</b>
<b>B. Het verschil in behandeling wat betreft de groep van rechthebbenden op gezinshereniging .....</b>	<b>324</b>
<b>C. Het verschil in behandeling wat betreft restricties naar tijd en omvang van de gezinshereniging .....</b>	<b>326</b>
<b>D. Het verschil in behandeling wat betreft de binnenkomstvoorwaarden .....</b>	<b>328</b>
<b>D.1. De voorwaarde van geldige binnenkomstdocumenten .....</b>	<b>328</b>
<i>D.1.a. Ongelijke behandeling van bevoorrechte en niet-bevoorrechte             derdelanders.....</i>	<i>328</i>
<i>D.1.b. Een ongelijke behandeling tussen niet-bevoorrechte derdelanders             onderling.....</i>	<i>333</i>
* Eerste verschil in behandeling: het verkrijgen van een geldig binnenkomstdocument.....	333
* Tweede verschil in behandeling: de aard van het vereiste binnenkomstdocument.....	334
* Derde verschil in behandeling: de onmogelijkheid om onderdanen van Staten waarmee een associatieakkoord is aangegaan, eenmaal ze België legaal zijn binnengekomen, te verwijderen op loutere grond van het verval van hun binnenkomstdocument.....	336
<i>D.1.c. Evaluatie .....</i>	<i>336</i>
<b>D.2. Andere binnenkomstvoorwaarden.....</b>	<b>338</b>
<i>D.2.a. De rechtgevendende voorziet in een 'normale' huisvesting.....</i>	<i>339</i>
* Situering.....	339
* Impulsen van Europees recht.....	340
* Evaluatie .....	341
<i>D.2.b. Voldoende middelen van bestaan .....</i>	<i>342</i>
* Situering.....	342
* Impulsen van Europees recht.....	343
* Evaluatie .....	344

**HOOFDSTUK 3. VERSCHIJNINGSVORMEN VAN ONGELIJKE BEHANDELING INZAKE HET  
RECHT OP GEZINSHERENIGING OP HET NIVEAU VAN DE INSCHRIJVING IN  
HET VREEMDELINGENREGISTER: DE CONTROLE OP DE SAMENWOONST**

<b>A. Beginsel.....</b>	<b>347</b>
<b>B. Rechtvaardiging van de controle.....</b>	<b>348</b>
<b>B.1. Het Arbitragehof en de Raad van State en de rechtvaardiging van het         verschil in behandeling</b>	<b>348</b>
<b>B.2. De Raad van State en de gerechtvaardigde controletermijn.....</b>	<b>349</b>
<b>C. Overwegingen omtrent de mate waarin de Dienst Vreemdelingenzaken     de geldigheid van het huwelijk kan beoordelen .....</b>	<b>350</b>
<b>C.1. De weigering van verblijf op grond van de ontstentenis van samenwoning .</b>	<b>350</b>
<b>C.2. De weigering van verblijf op grond van vermoed schijnhuwelijk,         schijnerkenning of schijnadoptie .....</b>	<b>352</b>
<b>C.3. Het gevaar van een te beperkte controle: na afloop van de         samenwoonstcontrole is het recht op verblijf definitief verworven,         behoudens bij nietigverklaring van de gezinsband die aan het verblijf         ten grondslag lag.....</b>	<b>353</b>
<b>C.4. Het verblijfsrechtelijke belang van een vreemdeling bij de toekenning         van het voordeel van een putatief huwelijk bij de nietigverklaring van         zijn huwelijk .....</b>	<b>355</b>
<b>C.5. De verblijfsrechtelijke bijzondere bescherming van minderjarige         kinderen van wie de afstammingsband vervalt .....</b>	<b>362</b>
<b>BESLUIT DEEL 2C .....</b>	<b>365</b>

# **DEEL 3** **HET ONTSTAAN VAN GEZINSLEVEN TUSSEN PARTNERS EN ZIJN IMPACT OP** **HET GEZINSHERENIGINGSRECHT**

## **INLEIDEND DEEL**

<b>INLEIDING.....</b>	<b>369</b>
<b>HOOFDSTUK 1. ONDERZOEK NAAR DE CRITERIA DIE EEN AANKNOPING STUREN .....</b>	<b>369</b>
<b>HOOFDSTUK 2. INPASSING VAN BUITENLANDSE RECHTSFIGUREN IN HET BELGISCHE</b> <b>RECHTSDENKEN .....</b>	<b>370</b>
<b>HOOFDSTUK 3. GELIJKE BEHANDELING ONGEACHT DE NATIONALITEIT VAN INDIVIDUEN</b> <b>EN VAN GEZINSVERBANDEN.....</b>	<b>371</b>
<b>A. Gelijke behandeling in het familierecht.....</b>	<b>372</b>
<b>B. Gelijke behandeling in het gezinsherenigingsrecht .....</b>	<b>373</b>

## **DEEL 3A.** **HET ONTSTAAN VAN HUWELIJKS GEZINSLEVEN**

<b>INLEIDING.....</b>	<b>375</b>
<b>HOOFDSTUK 1. DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS VAN HUWBARE LEEFTIJD ZIJN .....</b>	<b>377</b>
<b>A. De internrechtelijke bepaling van de huwbare leeftijd .....</b>	<b>377</b>
<b>A.1. Een ongelijke behandeling van man en vrouw tot 1990 .....</b>	<b>378</b>
<b>A.2. Naar een ongelijke behandeling van man en vrouw in 1990 .....</b>	<b>379</b>
<b>A.3. Evaluatie .....</b>	<b>380</b>
<b>B. De dispensatieregeling.....</b>	<b>381</b>
<b>B.1. Een impliciete maar niet systematische correctie op de ongelijke</b> <b>        behandeling .....</b>	<b>381</b>
<b>B.2. Het impact van culturele en religieuze waarden .....</b>	<b>382</b>
<b>B.3. Het impact van de mentale en psychische rijpheid .....</b>	<b>384</b>
<b>B.4. Twee lacunes in de huidige dispensatieregeling.....</b>	<b>384</b>
<b>C. De toepassing van de leeftijdsvoorwaarde op vreemdelingen .....</b>	<b>386</b>
<b>C.1. Leidende vragen .....</b>	<b>386</b>
<b>C.2. De toepassing van de verwijzingsregel en mogelijke afwijkingen .....</b>	<b>388</b>
<b>C.3. Een soepele omgang met de leeftijdsvereiste binnen het I.P.R. ....</b>	<b>389</b>
<b>C.3.a. Soepele rechtspraak inzake bevoegdheid.....</b>	<b>389</b>
<b>C.3.b. Soepele rechtspraak ten gronde: de bescherming van bestaand</b> <b>            familieleven.....</b>	<b>392</b>
<b>C.3.c. Soepele rechtspraak inzake huwelijken op jongere leeftijd dan 18 jaar,</b> <b>            behoudens bij kinderhuwelijk of forumshopping.....</b>	<b>394</b>

<b>C.4. Invulling van de BIPOO-exceptie a.h.v. de criteria van de Belgische dispensatieregeling .....</b>	<b>395</b>
<b>C.5. Evaluatie van het voorstel a.h.v. verdragsrecht met directe werking en rechtsvergelijking .....</b>	<b>396</b>
<i>C.5.a. Evaluatie a.h.v. verdragsrecht met directe werking .....</i>	<i>396</i>
* De toelaatbaarheid van een beperking op het recht om te huwen in de vorm van een ondergrens inzake leeftijd .....	396
* Geen verdragsrechtelijke bepaling van een maximale ondergrens.....	397
* Impliciete verdragsrechtelijke bepaling van een minimale ondergrens: de strijd tegen kinderhuwelijken .....	398
* Besluit .....	399
<i>C.5.b. Rechtsvergelijking .....</i>	<i>400</i>
* Overwegend een soepele erkenning .....	401
* Een nietigverklaring bij forumshopping .....	402
* Besluit .....	403
<b>D. De invloed van leeftijdsbepalingen op en in het verblijfsrecht.....</b>	<b>403</b>
<b>D.1. Gevolgen voor het verblijfsrecht van een nietigverklaring of een weigering om het huwelijk in te schrijven.....</b>	<b>404</b>
<i>D.1.a. Bespreking .....</i>	<i>404</i>
<i>D.1.b. Evaluatie en voorstel om de verzachtingen op de Belgische nietigheidsregeling algemeen doorgang te laten vinden .....</i>	<i>405</i>
<b>D.2. De leeftijdsbepalingen van het huwelijksrecht en het verblijfsrecht zijn niet op elkaar afgestemd.....</b>	<b>407</b>
<b>E. De doorwerking van het privaatrecht in het publiekrecht: de verbondenheid van de problematiek met de bepaling van de algemene burgerlijke meerderjarigheid .....</b>	<b>410</b>
<b>F. Besluit.....</b>	<b>412</b>
<b>HOOFDSTUK 2. DE TOESTEMMINGSVEREISTE .....</b>	<b>415</b>
<b>A. De huwelijksvereiste van instemming door de ouders met het huwelijk.....</b>	<b>415</b>
<b>A.1. De ouderlijke instemming naar Belgisch intern recht .....</b>	<b>415</b>
<i>A.1.a. Instemming van de ouders met het huwelijk van hun meerderjarige kind .....</i>	<i>415</i>
* Enkele bedenkingen bij de vroegere regeling, in het licht van de beoordeling van gelijkaardige vereisten naar huidig buitenlands recht.....	415
* De sanctionering van de voormalige vereiste naar Belgisch recht.....	421
* Conclusie .....	421
<i>A.1.b. Instemming van de ouders met het huwelijk van hun minderjarige kind.....</i>	<i>422</i>
* Aandachtspunten .....	422
- Het 'belang van het kind' werd voorheen gekaderd binnen het belang van de familie .....	422
- Het belang van de familie en de vroegere cascade van titularissen.....	423
* Conclusie van de historische schets.....	425
* De sanctionering van de instemmingsvereiste .....	425

<b>A.2. De omgang met de ouderlijke instemmingsvereiste binnen het I.P.R., mede in het licht van internationale verdragsbepalingen.....</b>	<b>427</b>
A.2.a. <i>De instemmingsvereiste voor minderjarigen</i> .....	427
* De omgang met soepeler buitenlands recht .....	428
* De omgang met strenger buitenlands recht.....	430
A.2.b. <i>De instemmingsvereiste voor meerderjarigen</i> .....	432
* Toepassing van soepeler buitenlands recht ten tijde van de vroegere Belgische regeling .....	432
* Aangewezen omgang met de huidige buitenlandse vereiste: het beginsel van de huwelijksvrijheid.....	432
- Bij huwelijksluiting in België .....	433
- Bij huwelijksluiting in het buitenland.....	433
- Illustratie a.h.v. de rechtsfiguur van de huwelijksvoogd .....	434
A.2.c. <i>Evaluatie van de instemmingsvereiste, zowel voor minderjarigen als voor meerderjarigen, in het licht van ons aanknopingsvoorstel</i> .....	435
 <b>B. De huwelijksvereiste van instemming door een administratieve overheid met het huwelijk.....</b>	<b>437</b>
B.1. <i>De vereiste naar intern Belgisch recht</i> .....	437
B.2. <i>De vereiste naar buitenlands recht</i> .....	438
B.3. <i>De vereiste naar I.P.R.</i> .....	440
B.3.a. <i>De vereiste bij huwelijksluiting in België</i> .....	440
* Schending van het mensenrecht van huwelijksvrijheid .....	441
* Soms tevens schending van andere grondbeginselen .....	442
* Geen kwalificatie als vereiste met territoriaal beperkte toepassingsfeer, als de vereiste is opgenomen in de huwelijkswet .....	443
B.3.b. <i>De vereiste bij huwelijksluiting in het buitenland</i> .....	444
B.3.c. <i>Beoordeling van onze evaluatie in het licht van ons aanknopingsvoorstel</i> ....	445
 <b>C. De vereiste van een persoonlijke en vrije toestemming door de huwenden .....</b>	<b>446</b>
C.1. <i>Inleiding</i> .....	446
C.2. <i>Het persoonlijke karakter van de toestemming in het huwelijk</i> .....	448
C.2.a. <i>Het huwelijk bij volmacht</i> .....	449
* Verbod naar Belgisch recht om een huwelijk bij volmacht aan te gaan in België .....	449
* De weifelende houding van het internationale recht .....	450
- Toelating tussen bepaalde verdragsstaten, met vormgarantie en uitsluiting van de rechtsfiguur van de huwelijksvoogd.....	450
- C.I.E.C.-aanbeveling om huwelijken bij volmacht slechts uitzonderlijk en slechts t.a.v. één van de partners toe te staan.....	453
* De erkenbaarheid van buitenlandse huwelijken bij volmacht: toepassing van de <i>lex loci celebrandi</i> .....	454
- Meerdere, ook Europese, rechtsordes laten huwelijken bij volmacht toe .....	454
- De houding van de Belgische I.P.R.-rechter .....	455
* Onze evaluatie in het licht van ons aanknopingsvoorstel.....	456
C.2.b. <i>Het huwelijk met vertegenwoordiging door huwelijksvoogd</i> .....	457
* De huwelijksvoogd naar buitenlands recht .....	457
* Bezwaren tegen een toepassing van de rechtsfiguur als grondvereiste voor het huwelijk.....	460
- De ongelijke behandeling tussen vader en moeder: geen grond voor bezwaar .....	460

- De gelijke behandeling ongeacht de leeftijd: grond voor bezwaar .....	462
* Toepassing van de rechtsfiguur als vormvereiste voor het huwelijk .....	464
* Erkenbaarheid van een huwelijk in de genoemde vorm gesloten .....	466
* Beoordeling in het licht van ons aanknopingsvoorstel .....	469
<b>C.2.c. Het postume huwelijk</b> .....	470
* Ongeldig naar intern Belgisch recht .....	470
* Erkenbaar mits aangegaan in overeenstemming met de lex loci celebrationis .....	471
* Niet erkenbaar als aangegaan in strijd met de lex loci celebrationis .....	475
* Geen verlening van het voordeel van een putatief huwelijk .....	476
<b>C.2.d. Het retroactieve huwelijk</b> .....	480
* Ongeldig naar intern recht – ongekend naar internationaal recht .....	480
* Erkenbaarheid, behoudens bij onaanvaardbare rechtsgevolgen .....	480
* Evaluatie in het licht van het publiekrecht .....	481
* Evaluatie in het licht van het burgerlijk recht .....	483
<b>C.2.e. Het huwelijk in extremis</b> .....	487
<b>C.2.f. Algemeen besluit</b> .....	489
* Besluit in het licht van het burgerlijk recht .....	489
* Beoordeling in het licht van het verblijfsrecht .....	490
<b>C.3. Het vrije karakter van de toestemming in het huwelijk</b> .....	493
<b>C.3.a. De gebrekkige toestemming t.g.v. beïnvloeding van de wilsuiting door derden</b> .....	493
* Huwelijksdwang .....	493
- Het gedwongen huwelijk naar intern recht .....	493
- Het gedwongen en het gearrangeerde huwelijk naar I.P.R. ....	500
* Dwaling .....	517
- Beginsel: een beperkte omschrijving van de dwalingsleer .....	517
- Naar een mogelijke uitbreiding tot dwaling omtrent een wezenlijke hoedanigheid .....	521
- Evaluatie .....	522
<b>C.3.b. De gebrekkige toestemming t.g.v. een intern wilsgebrek</b> .....	526
* Gebrek in de toestemming omwille van krankzinnigheid – onbekwaamheid .....	526
* Het voorwaardelijk huwelijk .....	529
* De huwelijks toestemming met een andere doelstelling dan het aangaan van een levensgemeenschap: het geldige zakelijke vs. het nietige schijnhuwelijk ...	530
- Inleiding op een kritische benadering van de noodzakelijke strijd tegen schijnhuwelijken .....	530
- Ongelijke behandeling op het vlak van de waakzaamheid voor schijnhuwelijken .....	530
- Onbillijke behandeling bij het preventieve onderzoek naar schijnhuwelijken ...	553
- Aandachtspunten bij de vernietiging van een schijnhuwelijk .....	558
- Enkele overschouwingen tot besluit .....	563
<b>C.4. De onmogelijkheid naar bepaalde buitenlandse rechtsstelsels om het gebrekkige huwelijk te vernietigen</b> .....	566
<b>C.4.a. De onmogelijkheid naar buitenlands recht om huwelijken die in eigen land zijn aangegaan te vernietigen op grond van schijn, dwaling, dwang of andere</b> .....	566
* Het wilsgebrek als loutere echtscheidingsgrond .....	566
* Het wilsgebrek als grond om te besluiten tot 'onbestaand huwelijk' .....	566

C.4.b. Voorstel: naar een mogelijkheid voor de Belgische rechter om ook huwelijken te vernietigen die in het buitenland zijn aangegaan.....	569
C.4.c. Belang van een nietigverklaring: het voordeel van een putatief huwelijk.....	570

### C.5. Bedenkingen bij de onmogelijkheid om de nietigheid te dekken of het huwelijk achteraf te valideren .....572

C.5.a. Voorstel tot een veralgemeende mogelijkheid om de nietigheid (wegens toestemmingsgebreken) naar Belgisch recht van een huwelijk te dekken.....	572
C.5.b. Voorstel tot een veralgemeende mogelijkheid om de nietigheid van een huwelijk op grond van toestemmingsgebreken te dekken, ook als de nietigheid in beginsel wordt bepaald in toepassing van buitenlands recht....	575

### C.6. Besluit: voorstel in het licht van de aanknopingsproblematiek .....577

## HOOFDSTUK 3. DE VEREISTE DAT ER GEEN VERWANTSCHAPSBELETSLEN RIJZEN

A. Inleiding.....	579
A.1. Opzet.....	579
A.2. Onze omgang met buitenlandse gezinsconcepten, getoetst aan de evolutie van de verwantschapsbeletselen o.i.v. een gewijzigd Belgisch gezinsconcept.....	581
A.2.a. De evolutie van de verwantschapsbeletselen o.i.v. een gewijzigd Belgisch gezinsconcept.....	581
* De verruiming van het Belgische kerngezinsconcept o.i.v. het arrest-Marckx....	581
* De verenging van het grote-gezinsconcept o.i.v. een algemene individualiseringstendens.....	582
* Een gehandhaafde terughoudendheid t.a.v. verruimde gezinsconcepten.....	584
* Gevolgen voor de verwantschapsbeletselen: toename van het aantal binnen de kleine familie, afname van de gestrengheid t.a.v. de grote familie .....	587
A.2.b. Toetsing aan onze omgang met buitenlandse gezinsconcepten en huwelijksbeletselen.....	590
* De bescherming van het wettige gezin naar Belgische opvatting versus de sociale beleving .....	590
* Naar een keuzerecht voor het wettige gezin om de gezinskern uit te breiden tot feitelijke gezinsleden?.....	591
B. De klassieke verwantschapsbeletselen.....	593
B.1. Bloed- en aanverwanten .....	593
B.1.a. Intern recht.....	593
B.1.b. De omgang in het I.P.R. met verwantschapsbeletselen naar buitenlands recht, mede in het licht van bepalingen van internationaal recht.....	595
* Inleiding .....	595
* De omgang in het I.P.R. met strengere verwantschapsbeletselen naar buitenlands recht .....	597
- Voorstel 1: een toepassing van het beletsel bij huwelijkssluiting in België .....	599
- Voorstel 2: een erkenning van huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan in overtreding van het beginsel .....	603

* De omgang in het I.P.R. met soepelere verwantschapsbeletselen naar buitenlands recht .....	604
- Rechtsstelsels met soepelere verwantschapsbeletselen .....	604
- De omgang met soepelere verwantschapsbeletselen in het I.P.R. ....	607
<b>B.2. Adoptieve verwanten .....</b>	<b>608</b>
<i>B.2.a. Intern recht .....</i>	<i>608</i>
<i>B.2.b. De omgang in het I.P.R. met adoptieve-verwantschapsbeletselen naar         buitenlands recht .....</i>	<i>609</i>
* Adoptieve verwantschapsbeletselen naar buitenlands recht .....	609
* De omgang in het I.P.R. met buitenlands recht dat geen adoptief verwantschapsbeletsel instelt .....	610
<b>C. Huwelijksbeletselen m.b.t. andere vormen van verwantschap .....</b>	<b>611</b>
<b>C.1. Buitenlandse strengere verwantschapsbeletselen en het beginsel van de         huwelijksvrijheid .....</b>	<b>611</b>
<i>C.1.a. Kwalificatie van het beletsel .....</i>	<i>601</i>
<i>C.1.b. Rechtvaardiging van een beoordeling op grond van het beginsel van de             huwelijksvrijheid .....</i>	<i>612</i>
<i>C.1.c. Criteria om de verenigbaarheid met het beginsel te evalueren .....</i>	<i>613</i>
<b>C.2. Het huwelijksbeletsel van polygamie met onderlinge verwanten .....</b>	<b>616</b>
<b>C.3. Het huwelijksbeletsel van de spirituele verwantschap .....</b>	<b>618</b>
<b>C.4. Het huwelijksbeletsel van de melkverwantschap (<i>rida'a</i>) .....</b>	<b>621</b>
<i>C.4.a. Het huwelijksbeletsel en zijn kwalificatie naar buitenlands recht .....</i>	<i>621</i>
* Het huwelijksbeletsel .....	621
* De plaats van melkverwantschap in het geheel van het recht .....	624
<i>C.4.b. Evaluatie van het beletsel door de I.P.R.-rechter .....</i>	<i>625</i>
* Globale beoordeling .....	625
* Beoordeling in het licht van het beginsel van de huwelijksvrijheid .....	626
* Implicaties voor het verblijfsrecht .....	628
* Conclusie .....	629
<b>C.5. Het huwelijksbeletsel n.a.v. een pleegsituatie .....</b>	<b>629</b>
<i>C.5.a. Kafala .....</i>	<i>629</i>
<i>C.5.b. Andere pleegsituaties .....</i>	<i>630</i>
<b>D. Besluit .....</b>	<b>631</b>
<b>D.1. Besluit in het licht van het huwelijksrecht .....</b>	<b>631</b>
<b>D.2. Besluit in het licht van het verblijfsrecht .....</b>	<b>632</b>
 <b>HOOFDSTUK 4. DE VEREISTE DAT ER GEEN ANDERE WETTELIJKE BELETSELEN RIJZEN: BUITENLANDSE HUWELIJKSBELETSELEN DIE ONBEKEND ZIJN NAAR BELGISCH RECHT</b>	
<b>A. Inleiding .....</b>	<b>635</b>
<b>B. Criteria naar Belgisch recht en verdragsrecht voor de beoordeling van     huwelijksbeletselen .....</b>	<b>638</b>
<b>B.1. Geen expliciete beoordelingscriteria naar Belgisch recht .....</b>	<b>638</b>
<b>B.2. Beoordelingscriteria naar verdragsrecht: het E.V.R.M., het I.V.B.P.R., de</b>	



<b>Huwelijksverdragen van 1902, 1964 en 1978, het Vrouwenverdrag, de Europese Verordening en bilaterale Verdragen .....</b>	<b>639</b>
<i>B.2.a. Het E.V.R.M. ....</i>	<i>639</i>
<i>B.2.b. Het I.V.B.P.R. ....</i>	<i>641</i>
<i>B.2.c. De Overeenkomst van 10 juli 1964 strekkende tot het vergemakkelijken van huwelijkssluiting in het buitenland .....</i>	<i>641</i>
<i>B.2.d. Het Haagse Verdrag van 12 juni 1902 tot regeling van strijdigheid in wetten inzake huwelijk .....</i>	<i>643</i>
<i>B.2.e. Het Haagse Verdrag van 1978 inzake het aangaan en de erkenning van de geldigheid van huwelijken .....</i>	<i>646</i>
<i>B.2.f. Het Vrouwenverdrag .....</i>	<i>647</i>
<i>B.2.g. Verordening nr. 1347/2000 van de Raad van de E.U .....</i>	<i>647</i>
<i>B.2.h. Het Europees Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie .....</i>	<i>648</i>
<i>B.2.i. Bilaterale verdragen .....</i>	<i>648</i>
<b>B.3. Voorstel: de techniek van het verbiedende beletsel of de 'verbiedende openbare orde' .....</b>	<b>649</b>
<i>B.3.a. Voorstel .....</i>	<i>649</i>
<i>B.3.b. Beoordeling a.h.v. het criterium van het recht om te huwen .....</i>	<i>651</i>
* Het belang van verdragsrecht met het oog op een universele toepassing van het beginsel van de huwelijksvrijheid .....	651
* Het huidige verdragsrecht als aanzet tot soepele omgang met buitenlandse huwelijksbeletselen, in afwachting van een verdragsrechtelijke eenmaking .....	652
<b>C. De BIPOO en buitenlandse huwelijksbeletselen .....</b>	<b>653</b>
<b>C.1. Beletselen die tot voor enkele jaren nog in België golden .....</b>	<b>654</b>
<i>C.1.a. De wachttijd als huwelijksbeletsel .....</i>	<i>654</i>
* De algemene wachttijd .....	655
- De algemene wachttijd in het buitenlands recht .....	655
- Evaluatie .....	655
* De wachttijd na echtscheiding of overlijden .....	656
- De wachttijd, ongeacht het geslacht, naar buitenlands recht .....	656
- De wachttijd ongeacht het geslacht, en het I.P.R. ....	659
- De wachttijd voor vrouwen, ongeacht of ze al dan niet zwanger zijn, naar buitenlands recht .....	661
- De wachttijd voor zwangere vrouwen .....	663
- De wachttermijn t.a.v. vrouwen en het I.P.R. ....	664
- De wachttijd voor de overspelige echtgenoot .....	666
- Algemene evaluatie van de eigenlijke wachttermijn .....	667
<i>C.1.b. De oneigenlijke wachttermijn als huwelijksbeletsel .....</i>	<i>668</i>
<i>C.1.c. Verbod om opnieuw te huwen .....</i>	<i>671</i>
* Verbod voor uit de echt gescheidenen om opnieuw te huwen .....	671
- Algemeen verbod .....	671
- Verbod om opnieuw te huwen met de vroegere echtgenoot .....	675
- Verbod om te huwen met de persoon met wie men overspel heeft gepleegd ..	676
* Verbod voor weduwen om opnieuw te huwen .....	679
<b>C.2. Beletselen die naar Belgisch recht onbekend zijn .....</b>	<b>680</b>
<i>C.2.a. Het beletsel van de seksuele onrijpheid, impotentie of onvruchtbaarheid .....</i>	<i>680</i>
* De vereiste naar buitenlands recht .....	680
* Omgang met de vereiste in het I.P.R. ....	682
<i>C.2.b. Het beletsel van de besmettelijke of erfelijke ziekte .....</i>	<i>684</i>
* Het beletsel naar buitenlands familierecht .....	684

* De omgang binnen het I.P.R. met deze vereiste .....	689
C.2.c. <i>Het verbod om te huwen met de moordenaar van zijn vorige echtgenoot</i> ....	692
C.2.d. <i>Het verbod om te huwen met zijn verkrachter of ontvoerder</i> .....	693
C.2.e. <i>Het verbod om te huwen met een persoon van verschillende nationaliteit of verschillende sociale rang</i> .....	694
* Het verbod om te huwen met een vreemdeling .....	694
- Huidige verboden .....	694
- Voormalige verboden in Europese rechtssystemen .....	695
* Het beletsel om te huwen met een persoon van verschillende sociale rang .....	697
* Beide beletselen en het Belgische I.P.R. ....	697
C.2.f. <i>Het verbod voor een gedetineerde om te huwen</i> .....	699
C.2.g. <i>Beperkingen op de huwelijksvrijheid, gesteund op de afstamming</i> .....	702
C.2.h. <i>Het religieuze huwelijksbeletsel</i> .....	703
* Het beletsel naar buitenlands recht .....	703
* Omgang met het beletsel in het I.P.R. ....	705
- Belgische rechtsleer en rechtspraak .....	705
- Europese rechtspraak .....	706
- Internationaal verdragsrecht, buitenlandse rechtsleer en rechtspraak .....	707
C.2.i. <i>Het huwelijksverbod voor priesters</i> .....	711
C.2.j. <i>Het algemeen huwelijksverbod t.a.v. personen met bepaalde functies of sociale status</i> .....	712
<b>D. De kwalificatie van buitenlandse gewoonterechtelijke huwelijksbeletselen</b> .....	<b>715</b>
<b>E. Oneigenlijke beletselen</b> .....	<b>716</b>
<b>E.1. De grondvoorwaarde van de bruidsprijs (<i>mahr</i>)</b> .....	<b>716</b>
E.1.a. <i>De voorwaarde naar buitenlands recht</i> .....	716
E.1.b. <i>De voorwaarde en het I.P.R.</i> .....	718
* kwalificatie van de vereiste naar buitenlands recht .....	718
* Evaluatie en voorstellen inzake kwalificatie in het Belgische I.P.R. ....	720
- Huidige I.P.R.-rechtspraak .....	723
- Voorstel .....	724
E.1.c. <i>Besluit</i> .....	729
<b>E.2. De vereiste van de geslachtelijke voltrekking van het huwelijk</b> .....	<b>730</b>
<b>E.3. Het huwelijksgevolg van de samenwoningsplicht</b> .....	<b>730</b>
<b>F. Voorstel m.b.t. de sanctionering van huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan in strijd met buitenlandse grondbeletselen of in toepassing van onaanvaardbare grondbeletselen</b> .....	<b>731</b>
F.1. <i>Huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan in strijd met aanvaardbare buitenlandse beletselen</i> .....	731
F.2. <i>Huwelijken aangegaan in expliciete navolging van een discriminatoir of onaanvaardbaar beletsel</i> .....	731
F.3. <i>Huwelijken aangegaan in overtreding van een discriminatoir of onaanvaardbaar beletsel</i> .....	732
F.4. <i>Motivering van de voorgestelde benadering van buitenlandse huwelijksbeletselen die onbekend zijn naar Belgisch recht</i> .....	732
F.5. <i>Motivering van de voorgestelde benadering van Belgische huwelijksbeletselen van openbare orde die onbekend zijn of minder strikt worden toegepast naar buitenlands recht</i> .....	734

<b>F.6. Het ontwerp van I.P.R.-codex houdt vast aan de huidige aanknopings- techniek.....</b>	<b>735</b>
<b>F.7. De E.U. en de omgang met huwelijksbeletselen van andere EU-Lidstaten ....</b>	<b>736</b>

## HOOFDSTUK 5. TWEE IMPLICIETE VEREISTEN: DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS NOG IN LEVEN ZIJN EN DE VEREISTE DAT BEIDE PARTNERS VAN EEN VERSCHILLEND GESLACHT ZIJN

<b>A. Inleiding.....</b>	<b>739</b>
<b>B. De vereiste dat beide partners nog in leven zijn.....</b>	<b>740</b>
<b>C. De vereiste dat beide partners van een bepaald en verschillend geslacht zijn ..</b>	<b>740</b>
<b>C.1. Een verbod naar buitenlands recht op homohuwelijk schendt onze         B.I.P.O.O. niet.....</b>	<b>740</b>
C.1.a. <i>De Belgische wet op het homohuwelijk biedt geen grondslag om een                 verbod op homohuwelijk als discriminatoir te beoordelen .....</i>	<b>740</b>
C.1.b. <i>Het stilzwijgen van het internationale recht m.b.t. het homoseksuele                 huwelijk: geen aanmoediging, noch een ontrading .....</i>	<b>742</b>
* Het internationale recht verleent homoseksuelen geen recht om te huwen .....	<b>742</b>
- Art. 12 E.V.R.M. ....	<b>742</b>
- Art. 9 Europees Handvest .....	<b>748</b>
* De genoemde bepalingen beletten de Verdragsstaten evenwel niet om het recht om te huwen open te stellen voor homoseksuelen.....	<b>750</b>
<b>C.2. De omgang binnen het I.P.R. met een buitenlands homohuwelijk .....</b>	<b>751</b>
<b>C.3. De mogelijkheid voor homoseksuelen om in België te huwen .....</b>	<b>754</b>
<b>C.4. Een machtiging tot het verblijf met het oog op de sluiting van een         homohuwelijk, binnen de grenzen van de <i>elsewhere approach</i> .....</b>	<b>758</b>
<b>C.5. Het homohuwelijk en het recht op gezinshereniging in het E.U.-recht .....</b>	<b>759</b>
<b>C.6. Transseksuelen en het recht om te huwen en gehuwd te blijven.....</b>	<b>760</b>
C.6.a. <i>De mogelijkheid voor transseksuelen om na een geslachtswijzigende                 operatie gehuwd te blijven, ook al hebben ze voortaan biologisch hetzelfde                 geslacht als hun partner .....</i>	<b>760</b>
C.6.b. <i>Het recht van transseksuelen om na een geslachtswijzigende operatie te                 huwen met een persoon van verschillend juridisch geslacht .....</i>	<b>761</b>
* De regeling naar intern en Europees recht.....	<b>761</b>
- Het recht om zijn geslacht te laten wijzigen .....	<b>761</b>
- Voortaan ook een wijziging van de geboorteakte in de loop van een huwelijk mogelijk? .....	<b>763</b>
- Het recht om te huwen na wijziging van de geboorteakte .....	<b>764</b>
* Omgang binnen het I.P.R. met buitenlandse bepalingen inzake transseksuelen .....	<b>766</b>
- Een erkenning van buitenlandse vonnissen tot geslachtswijziging.....	<b>766</b>
- Terughoudendheid bij de toekenning van een vordering tot wijziging van het geslacht aan vreemdelingen.....	<b>766</b>
- Het recht van transseksuelen om te huwen .....	<b>768</b>
* Verblifsrecht en transseksualiteit.....	<b>769</b>
<b>D. Besluit.....</b>	<b>769</b>

<b>HOOFDSTUK 6. VORMVEREISTEN VOOR HET HUWELIJK EN DE OMGANG BINNEN HET I.P.R. MET BUITENLANDSE LOUTER RELIGIEUZE HUWELIJKEN EN HUWELIJKEN DIE ZIJN AANGEGAAN IN EEN NAAR BELGISCH RECHT ONBEKENDE FORM</b>	<b>773</b>
<b>A. Inleiding</b>	<b>773</b>
<b>A.1. Verantwoording van het onderzoek naar de vormvereisten</b>	<b>773</b>
<b>A.2. Het aanknopingscriterium</b>	<b>775</b>
<b>B. Bespreking van de vormvereisten bij huwelijkssluiting in België en de vraag naar hun rechtvaardiging</b>	<b>776</b>
<b>B.1. Inleiding</b>	<b>776</b>
<b>B.2. Vormvereisten voorafgaand aan de huwelijkssluiting: de aangifte van het huwelijk</b>	<b>777</b>
<i>B.2.a. Inleiding</i>	777
<i>B.2.b. Rechtvaardiging in abstracto van de aangifteplicht</i>	778
<i>B.2.c. Onderzoek van de naar Belgisch recht voor te leggen documenten, in het licht van de vraag naar hun rechtvaardiging in concreto</i>	780
* Inleiding	780
* De vraag naar de rechtvaardiging van de vereiste dat de documenten worden aangevraagd bij de autoriteit van het land van herkomst en dat ze desgevallend beëdigd worden vertaald en/of gelegaliseerd	782
- De vereiste om de documenten in het buitenland op te vragen	784
- De vereiste dat de documenten worden vertaald	784
- De vereiste dat de documenten worden gelegaliseerd	785
* De erkenning van buitenlandse documenten: onderzoek naar hun authenticiteit	788
- Een gerechtvaardigde erkenningsregeling vereist dat het bewijsrecht van de <i>lex loci</i> wordt toegepast	788
- De equivalentieleer kan de erkenningsprocedure versoepelen	791
- De vraag naar de bewijskracht van akten afgeleverd door het Commissariaat-Generaal voor de Vluchtelingen en Staatlozen (CGVS)	792
* De documenten waarvan de voorlegging wordt vereist bij de aangifte van het huwelijk: bespreking en evaluatie van de rechtvaardiging van de vereiste om ze voor te leggen	793
- Het voor eensluidend verklaard afschrift van de geboorteakte	793
- Een bewijs van identiteit	808
- Een bewijs van nationaliteit	809
- Een bewijs van de ongehuwde staat, en in voorkomend geval van de ontbinding of nietigverklaring van de vorige huwelijken	816
- Een bewijs van inschrijving en/of een bewijs van de actuele verblijfplaats	818
- In voorkomend geval, een gelegaliseerd schriftelijk bewijs uitgaande van de bij aangifte van het huwelijk afwezige aanstaande echtgenoot	821
- Ieder ander authentiek stuk waaruit blijkt dat in hoofde van de betrokkene is voldaan aan de door de wet gestelde voorwaarden om een huwelijk te mogen aangaan	821
- Concluderende bedenkingen bij de Belgische vormvereisten voor de huwelijksaangifte	823
<i>B.2.d. Bijkomende vereisten naar buitenlands recht</i>	825
* De vereiste om bijkomende documenten voor te leggen bij de	

huwelijksaangifte .....	826
- De vereiste om een certificaat van vervulde militieplicht voor te leggen.....	826
- De vereiste om een certificaat van huwelijksbekwaamheid voor te leggen .....	827
- De vereiste om a.h.v. een document aan te tonen dat voldaan is aan de grondvereiste van een overheidsinstemming met het huwelijk.....	828
- De vereiste om een medisch getuigschrift voor te leggen.....	828
- De vereiste naar Israëlsch recht om een gueth, verstotingsakte, voor te leggen .....	829
* De vereiste in toepassing van de lex patriae dat het huwelijk wordt aangegeven in het herkomstland .....	829
* Besluit m.b.t. de omgang met buitenlandse vormvereisten bij de huwelijksaangifte in België.....	830
<b>B.3. Vormvoorwaarden bij de huwelijksvoltrekking.....</b>	<b>831</b>
<i>B.3.a. Huwelijksluiting ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke     stand .....</i>	<i>831</i>
<i>B.3.b. Het consulaire huwelijk (en de problematiek van rechtsordes die een     religieuze huwelijksluiting vergen).....</i>	<i>834</i>
<b>C. De erkenning van huwelijken die in het buitenland zijn aangegaan, met bijzondere aandacht voor het louter religieuze huwelijk en het huwelijk dat is aangegaan in een naar Belgisch recht onbekende vorm.....</b>	<b>838</b>
<b>C.1. Algemene regels .....</b>	<b>838</b>
<i>C.1.a. De erkenning van een rechtsgeldig in het buitenland aangegaan huwelijk...</i>	<i>838</i>
* <i>Fraude à la loi</i> , intentionele ontsnapping aan de vormvereisten van de <i>lex         patriae</i> , als weigeringsgrond in het land van herkomst om het huwelijk te erkennen .....	838
* Vormvereisten van de <i>lex patriae</i> worden door de <i>lex loci</i> genegeerd bij huwelijksluiting in het buitenland .....	841
- Negatie van de vereiste in toepassing van de <i>lex patriae</i> dat het huwelijk wordt aangegeven in de Staat van huwelijksvoltrekking .....	841
- Negatie van andere vormvereisten van de <i>lex patriae</i> .....	842
- De vereiste dat het huwelijk achteraf ook in het vaderland wordt geregistreerd .....	842
- De vereiste dat een onderdaan in het buitenland huwt ten overstaan van de consulaire of diplomatieke post van zijn vaderland .....	843
- De vrijwillige inpassing van de buitenlandse vertegenwoordigingsvereiste in de vormvereiste dat twee getuigen aanwezig zijn .....	844
<i>C.1.b. Het consulaire huwelijk in het buitenland.....</i>	<i>846</i>
* Het consulaire huwelijk in het buitenland ten overstaan van een post van het vaderland .....	846
* Het consulaire huwelijk in het buitenland ten overstaan van een post van een derde land .....	846
<i>C.1.c. Het bewijs van de huwelijksluiting in het buitenland.....</i>	<i>848</i>
* Het bewijs in toepassing van de <i>lex loci</i> .....	848
* Het bewijs in toepassing van de <i>lex fori</i> .....	848
* De vervangbaarheid van de verloren huwelijksakte.....	849
- Een vervanging door de autoriteiten van het land van huwelijksluiting .....	849
- Een vervanging door de autoriteiten van een derde land .....	850
* Het bewijs van een huwelijk als nooit een huwelijksakte is opgesteld (het zogenaamd vormloze huwelijk).....	852
* De aflevering door het CGVS van een huwelijksbewijs aan vluchtelingen en	

staatlozen .....	853
<b>C.2. De erkenning van het louter religieuze huwelijk dat rechtsgeldig is aangegaan naar buitenlands recht.....</b>	<b>854</b>
C.2.a. <i>Buitenlands recht en het louter religieuze huwelijk .....</i>	854
C.2.b. <i>De soepele erkenning van een buitenlands religieus huwelijk .....</i>	856
<b>C.3. De erkenning van het huwelijk dat is aangegaan in een naar Belgisch recht onbekende vorm, maar rechtsgeldig is aangegaan naar buitenlands recht.....</b>	<b>858</b>
C.3.a. <i>Buitenlands recht en het gewoonterechtelijke huwelijk.....</i>	858
* Het intern recht van bepaalde Staten laat een gewoonterechtelijk huwelijk toe .	858
* Bepaalde verdragsbepalingen laten een zogenaamd vormloze huwelijksluiting impliciet toe .....	861
* Het ontwerp van I.P.R.-codex.....	862
C.3.b. <i>De soepele erkenning van een buitenlands zogenaamd vormloos huwelijk .....</i>	862
* Geen authentiek bewijs vereist, maar geloofwaardigheid a.h.v. een gelegaliseerd officieel attest is aangewezen .....	862
* Het risico van een soepelere bewijsregeling: de moeilijke kenbaarheid van buitenlands gewoonterecht.....	865
<b>D. Besluit.....</b>	<b>866</b>
D.1. <b>Besluit m.b.t. de vormvereisten bij huwelijksluiting in België .....</b>	<b>866</b>
D.2. <b>Besluit m.b.t. de beoordeling van de vormvereisten bij de erkenning in België van een buitenlands huwelijk.....</b>	<b>867</b>
<b>E. Samenvatting voorstellen.....</b>	<b>869</b>
E.1. <b>Inleiding .....</b>	<b>869</b>
E.2. <b>Vormvereisten bij huwelijksluiting in België .....</b>	<b>869</b>
E.2.a. <i>Belgische vormvereisten .....</i>	869
E.2.b. <i>De omgang met buitenlandse vereisten die tussen vorm en grond zweven..</i>	873
E.3. <b>De erkenning van buitenlandse huwelijken.....</b>	<b>873</b>

## HOOFDSTUK 7. HUWELIJK, AFSTAMMING EN GEZINSHERENIGING

### Afdeling 1. Huwelijk en gezinshereniging

<b>A. Inleiding .....</b>	<b>875</b>
<b>B. Leeftijdsbeperingen t.a.v. bepaalde gehuwden in het verblijfsrecht.....</b>	<b>876</b>
<b>B.1. Regeling naar intern recht.....</b>	<b>876</b>
B.1.a. <i>De gemeenrechtelijke regeling .....</i>	876
B.1.b. <i>Bevoorrechte derdelanders .....</i>	877
B.1.c. <i>EU-onderdanen en gelijkgestelden.....</i>	878
<b>B.2. De leeftijdsbepaling in enkele buurlanden .....</b>	<b>878</b>
<b>B.3. Evaluatie .....</b>	<b>880</b>

<b>Afdeling 2. Afstamming en gezinshereniging .....</b>	<b>882</b>
<b>A. Gezinshereniging voor minderjarigen op grond van biologische of adoptieve afstamming .....</b>	<b>882</b>
<b>A.1. Inleiding .....</b>	<b>882</b>
<b>A.2. Invloed van Belgisch I.P.R. op het recht op gezinshereniging .....</b>	<b>883</b>
<b>A.3. De maximumleeftijd voor gezinshereniging als kind. Over de ongelijke behandeling van E.U.-vreemdelingen en gelijkgestelden enerzijds en derdelanders anderzijds, van derdelanders onderling en van E.U.-vreemdelingen en gelijkgestelden onderling .....</b>	<b>885</b>
A.3.a. <i>Inleiding.....</i>	885
A.3.b. <i>De verschillende behandeling van derdelanders onderling op grond van een bilaterale overeenkomst of van het verblijfsstatuut van de rechtgevende.....</i>	886
* De gemeenrechtelijke regeling .....	886
* Bevoorrechte derdelanders .....	887
A.3.c. <i>De verschillende behandeling van derdelanders enerzijds en E.U.-vreemdelingen en gelijkgestelden anderzijds, en de onderling verschillende behandeling van de verschillende categorieën van E.U.-vreemdelingen en gelijkgestelden.....</i>	888
<b>A.4. De leeftijdsgrens naar Nederlands, Frans en Duits recht .....</b>	<b>889</b>
<b>A.5. Leeftijdsbegrenzungen naar Europees en internationaal recht.....</b>	<b>891</b>
<b>A.6. Voorstel .....</b>	<b>893</b>
<b>A.7. Regelingen in het licht van de strijd tegen schijnadopties .....</b>	<b>895</b>
A.7.a. <i>Gezinshereniging van een minderjarige bij volle adoptie .....</i>	<i>895</i>
A.7.b. <i>Gezinshereniging van een minderjarige bij gewone adoptie .....</i>	<i>897</i>
A.7.c. <i>Gezinshereniging van een meerderjarige geadopteerde .....</i>	<i>898</i>
<b>B. Gezinshereniging op grond van adoptieplannen voor minderjarigen.....</b>	<b>899</b>
<b>B.1. De praktijk: een machtiging tot voorlopig verblijf voor zes maanden.....</b>	<b>899</b>
B.1.a. <i>Hypothese dat de lex patriae van de kandidaat-adoptanten adoptie toelaat .....</i>	<i>899</i>
B.1.b. <i>Hypothese dat de lex patriae van de kandidaat-adoptanten adoptie niet toelaat .....</i>	<i>901</i>
<b>B.2. Bedenkingen .....</b>	<b>901</b>
<b>C. Korte vergelijking met de Nederlandse bepalingen in dit verband inzake gezinshereniging .....</b>	<b>902</b>
<b>C.1. Toelating met het oog op adoptie in Nederland.....</b>	<b>902</b>
<b>C.2. Gezinshereniging na adoptie .....</b>	<b>904</b>
<b>D. Gezinshereniging voor meerderjarige kinderen .....</b>	<b>905</b>
<b>D.1. Internrechtelijke regeling.....</b>	<b>905</b>
<b>D.2. Voorstel .....</b>	<b>906</b>
<b>E. Besluit.....</b>	<b>908</b>

**DEEL 3B.**  
**HET ONTSTAAN VAN BUITENHUWELIJKS GEZINSLEVEN**

<b>INLEIDING.....</b>	<b>909</b>
<b>A. De groeiende juridische rol van de (feitelijke) samenwoning.....</b>	<b>909</b>
<b>B. Het dubbele belang van de kwalificatie van buitenhuwelijkse tweerelaties voor het onderzoek .....</b>	<b>912</b>
 <b>HOOFDSTUK 1. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE NAAR BELGISCH RECHT</b>	
<b>A. Ontstaansgeschiedenis.....</b>	<b>914</b>
<b>B. De wettelijke samenwoning naar Belgisch recht.....</b>	<b>915</b>
 <b>HOOFDSTUK 2. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE NAAR BUITENLANDS RECHT</b>	
 <b>HOOFDSTUK 3. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE EN HET I.P.R. ....</b>	
<b>A. Geen specifieke I.P.R.-regeling naar Belgisch recht: aanknoping bij de nationale wet.....</b>	<b>925</b>
<b>B. Het ontwerp van I.P.R.-codex.....</b>	<b>926</b>
<b>C. I.P.R.-regelingen naar buitenlands recht.....</b>	<b>927</b>
<b>C.1. De mogelijkheid voor vreemdelingen om een geregistreerd partnerschap aan te gaan.....</b>	<b>928</b>
<b>C.2. De erkenning van een buitenlandse partnerschapsregistratie .....</b>	<b>928</b>
<b>D. Voorstel .....</b>	<b>930</b>
<b>D.1. Inleiding .....</b>	<b>930</b>
<b>D.2. Voorstel .....</b>	<b>931</b>
<i>D.2.a. De mogelijkheid voor vreemdelingen om een wettelijke samenwoning aan te gaan .....</i>	<i>931</i>
<i>D.2.b. Naar een ruimere erkenning van samenwonersstatuten .....</i>	<i>932</i>
* Het beginsel van de wederzijdse erkenbaarheid van samenwonersstatuten .....	932
* De verwijzingsregel .....	933
- Voorstel .....	933
- Een volwaardige erkenning van het statuut .....	934
- Het belang van een verdragsrechtelijke I.P.R.-regeling .....	935
* Naar een registratie van buitenlandse partnerschappen.....	937



<b>E. Rechtsordes waarvan het statuut voor buitenhuwelijks samenwonenden niet voorziet in een recht op gezinshereniging, hebben vooralsnog geen internationaalrechtelijke verplichting in dit verband .....</b>	<b>938</b>
<b>F. Europese impulsen voor een geharmoniseerde aanpak .....</b>	<b>939</b>
<b>F.1. Expliciete impuls: een samenwerkingsverband.....</b>	<b>939</b>
<b>F.2. Impliciete impuls: het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie .....</b>	<b>940</b>

#### HOOFDSTUK 4. DE BUITENHUWELIJKSE TWEERELATIE EN HET GEZINSHERENIGINGSRECHT

<b>A. Het recht op bescherming van het gezinsleven en de vraag naar gezinshereniging voor de buitenhuwelijkse partner .....</b>	<b>942</b>
<b>A.1. Een nationale of internationale bepaling ter bescherming van gezinsleven beschermt partners in een rechtsorde zonder samenwonersregeling slechts beperkt en mits het een heteroseksuele relatie betreft.....</b>	<b>942</b>
A.1.a. <i>Geen gezinsleven voor homoseksuele koppels.....</i>	<i>942</i>
A.1.b. <i>Wel gezinsleven voor heteroseksuele koppels .....</i>	<i>945</i>
<b>A.2. Een grondwettelijke bescherming van gezinsleven beschermt partners in een rechtsorde met samenwonersregeling beperkt, o.m. op grond van nationaliteit, maar ongeacht de seksuele voorkeur en ongeacht het al dan niet aangaan van het statuut.....</b>	<b>946</b>
A.2.a. <i>De loutere instelling van een samenwonersstatuut voor homoseksuelen wijst op de mogelijkheid van gezinsleven tussen homoseksuelen.....</i>	<i>946</i>
A.2.b. <i>Het effectief aangaan van een samenwonersstatuut kan evenwel een grotere bescherming bieden .....</i>	<i>947</i>
A.2.c. <i>Geen plicht voor de Verdragsstaten bij het E.V.R.M. om hun wettelijke regelingen aan te passen .....</i>	<i>948</i>
* <i>Geen plicht voor de Verdragsstaten om hun samenwonersstatuut open te stellen voor vreemdelingen.....</i>	<i>948</i>
* <i>Geen plicht voor de Verdragsstaten om hun verblijfsregeling voor wettelijke samenwoners open te stellen voor feitelijke samenwoners.....</i>	<i>949</i>
<b>A.3. Besluit.....</b>	<b>950</b>
<b>B. Het EU-verdrag, het recht op vrij verkeer en het recht op gezinshereniging voor de partner met samenwonersstatuut.....</b>	<b>951</b>
<b>B.1. De beperkte inmenging van het EU-recht.....</b>	<b>951</b>
<b>B.2. De ruime regeling inzake personeel toepassingsgebied van de Belgische Omzendbrief van 30 september 1997 .....</b>	<b>953</b>
<b>B.3. Mogelijke impulsen van Europees recht .....</b>	<b>954</b>
<b>C. Het gelijkheidsbeginsel en de verblijfsregeling voor samenwoners.....</b>	<b>958</b>
<b>C.1. Een gerechtvaardigde samenwoningstcontrole .....</b>	<b>958</b>
<b>C.2. Gerechtvaardigde bijkomende binnenkomstvoorwaarden? .....</b>	<b>959</b>
C.2.a. <i>Twee voorstellen tot versoepeling van de regeling inzake gezinshereniging voor alle (ook feitelijke) samenwoners .....</i>	<i>960</i>
* <i>Voorstel om de tenlasteneming vanaf de opstelling van de samenlevingsovereenkomst te beperken tot een tenlasteneming naar eigen</i>	

vermogen .....	960
* Naar een bevoegdheid voor de ambtenaar van de burgerlijke stand om de samenlevingsovereenkomst op te stellen .....	962
<i>C.2.b. Voorstel tot versoepeling van de gezinshereniging voor samenwoners in een familierechtelijke partnerrelatie .....</i>	<i>963</i>
<b>D. De regeling in Frankrijk, Nederland en Duitsland.....</b>	<b>965</b>
<b>E. De ontstentenis van een strijd tegen schijnpartnerschappen .....</b>	<b>966</b>
<b>BESLUIT DEEL 3B .....</b>	<b>968</b>

#### DEEL 4

### DE DOORWERKING VAN DE I.P.R.-HUWELIJKSVEREISTEN IN HET GEHEEL VAN DE RECHTSORDE, VOOR DE PARTNERVERHOUDING EN DE VERHOUDING VOLWASSENEN – KINDEREN. EEN ILLUSTRATIE A.H.V. HET VERBOD OP POLYGAMIE

<b>INLEIDING.....</b>	<b>971</b>
-----------------------	------------

#### HOOFDSTUK 1. DE TOELATING VAN POLYGAMIE IN ENKELE BUITENLANDSE RECHTSSTELSELS

<b>A. Bespreking van (evoluties binnen) wetgevingen die polygamie toestaan.....</b>	<b>975</b>
<b>A.1. Inleiding.....</b>	<b>975</b>
<b>A.2. Personele wetten die polygamie verbieden .....</b>	<b>980</b>
<b>A.3. Personele wetten die beperkingen stellen aan polygame gezinsvorming .....</b>	<b>981</b>
<i>A.3.a. Beperkingen aan het recht, zonder rechterlijke tussenkomst.....</i>	<i>984</i>
<i>A.3.b. Beperkingen aan het recht, met rechterlijke tussenkomst.....</i>	<i>986</i>
<b>A.4. Personele wetten die geen beperkingen stellen aan polygame gezinsvorming .....</b>	<b>990</b>
<b>B. Verdragsrechtelijke bepalingen inzake polygamie.....</b>	<b>991</b>
<b>C. Besluit.....</b>	<b>995</b>

#### HOOFDSTUK 2. BELGISCHE RECHTSpraak INZAKE POLYGAMIE: POLYGAMIE IN HET FAMILIERECHT – DE WERKING VAN HET GELIJKHEIDSBEGINSEL..... 997

<b>Inleiding .....</b>	<b>997</b>
<b>A. Rechtspraak inzake de positie van de echtgenotes in een polygame gezinssituatie.....</b>	<b>1000</b>
<b>A.1. Het dubbele correctiemechanisme van de verzachte werking van de openbare orde en de Inlandsbeziehung.....</b>	<b>1000</b>
<i>A.1.a. De rol van de Inlandsbeziehung bij erkenningsbeslissingen .....</i>	<i>1000</i>
* <i>De effet atténué-theorie.....</i>	<i>1000</i>
* <i>De corrigerende werking van de Inlandsbeziehung .....</i>	<i>1002</i>
<i>A.1.b. De Inlandsbeziehung beïnvloedt best de toekenning van het voordeel van</i>	

<i>putatief huwelijk niet</i> .....	1011
<b>A.2. Polygamie en onderhoudsrecht: de werking van het materieel gelijkheidsbeginsel</b> .....	1013
<i>A.2.a. De onderhoudsplicht t.a.v. de eerste echtgenote</i> .....	1013
* Invloed van het tweede huwelijk .....	1013
- Invloed van het tweede huwelijk tijdens het voortbestaan van het eerste huwelijk, na feitelijke scheiding .....	1013
- Invloed van het tweede huwelijk na ontbinding van het eerste huwelijk door <i>verstoting of echtscheiding</i> .....	1015
* Verantwoording van de indirecte onderhoudslast voor de tweede echtgenote ..	1035
<i>A.2.b. Voorstel van onderhoudsuitkering voor de voormalige tweede echtgenote, na nietigverklaring van het polygame huwelijk</i> .....	1037
* Voorstel van systematische nietigverklaring van het tweede polygame huwelijk	1037
* Voorstel tot koppeling van een onderhoudsuitkering t.b.v. de tweede echtgenote te goeder trouw die gewoonlijk in België verblijft aan de nietigverklaring van een polygaam huwelijk .....	1040
* Gronden tot toekenning van een onderhoudsuitkering .....	1043
- Basisbeginselen .....	1043
- Mogelijke interferentie van een nieuw echtscheidingsrecht .....	1046
<b>B. Rechtspraak inzake de positie van het kind uit een polygaam huwelijk</b> .....	1048
<b>B.1. De wettige afstamming van het kind</b> .....	1048
<b>B.2. Onderhoudsgeld ten behoeve van het kind uit een polygaam huwelijk</b> .....	1051
<b>B.3. De interactie met het retro-actieve huwelijk</b> .....	1051
<i>B.3.a. Het Brusselse vonnis van 1990</i> .....	1051
<i>B.3.b. Elementen voor een ruimere erkenning: de retro-actieve wettiging van een         kind</i> .....	1052
* De mogelijkheid om een kind retro-actief te 'wettigen' .....	1053
* Een polygaam huwelijk kan verregaande rechtsgevolgen ressorteren .....	1055
* Een huwelijk dat is nietigverklaard wegens polygamie kan de kinderen een huwelijkse afstammingsband verlenen .....	1057
<b>HOOFDSTUK 3. EVALUATIE EN VOORSTELLEN</b> .....	1059
<b>A. De omgang van het interne recht met verhoudingen tussen Belgen die (naar bepaalde gevolgen) een zekere gelijkenis vertonen met polygamie: de zogenaamde Belgische feitelijke polygamie .....</b>	1059
<b>B. Globale bedenkingen in het licht van het gelijkheidsbeginsel</b> .....	1062
<b>C. Voorstellen in het licht van het criterium 'stabiel verblijf in België'</b> .....	1064
<b>C.1. Voorstel ingeval van stabiel verblijfsstatuut</b> .....	1064
<i>C.1.a. Inleiding</i> .....	1064
<i>C.1.b. Verfijning van de Inlandsbeziehung</i> .....	1065
<i>C.1.c. Impliciete assimilatie van het voorstel Bourdelois</i> .....	1071
<b>C.2. Voorstel ingeval van niet-stabiel verblijfsstatuut</b> .....	1075

<b>HOOFDSTUK 4. IMPACT OP HET VERBLIJFSRECHT.....</b>	<b>1083</b>
<b>A. Polygamie en de houding van het gezinsherenigingsrecht t.a.v. de echtgenotes .....</b>	<b>1083</b>
<b>A.1. Weigering van gezinshereniging aan één van de echtgenotes .....</b>	<b>1083</b>
<i>A.1.a. Weigering van toegang .....</i>	<i>1083</i>
<i>A.1.b. Een recht op voortgezet verblijf indien de polygamie pas na binnenkomst aan het licht komt? .....</i>	<i>1088</i>
* Een recht op voortgezet verblijf in geval de tweede echtgenote een onafhankelijke verblijfstitel heeft .....	1088
* Een weigering van voortgezet verblijf zolang de tweede echtgenote geen onafhankelijke verblijfstitel heeft .....	1089
* Een recht op voortgezet verblijf voor de eerste echtgenote na verstoting, echtscheiding of nietigverklaring van haar huwelijk?.....	1092
<b>A.2. Schending van het gelijkheidsbeginsel .....</b>	<b>1093</b>
<i>A.2.a. De louter numerieke beperking impliceert dat mogelijk het eerste huwelijk niet in België kan worden beleefd .....</i>	<i>1093</i>
* Probleemstelling.....	1093
- De Franse regeling .....	1094
- De Nederlandse regeling .....	1100
- De Duitse regeling .....	1101
* Voorgestelde oplossing .....	1103
- Een onvoorwaardelijk optierecht voor de eerste echtgenote.....	1103
- Overgangsregeling: gezinshereniging voor de eerste echtgenote moet een .. voortgezet verblijf voor de tweede echtgenote niet in de weg staan.....	1106
<i>A.2.b. De louter numerieke beperking impliceert dat een polygame gezinsrelatie soms wel, dan weer niet in België kan worden beleefd .....</i>	<i>1107</i>
* Beginsel .....	1107
* Voorstel: een weigering tot binnenkomst aan elke verdere echtgenote, ongeacht de grond waarop de eerste echtgenote bij de polygame man verblijft .....	1108
<i>A.2.c. Ongelijke behandeling op grond van nationaliteit.....</i>	<i>1108</i>
<b>A.3. Voorstellen inzake een recht op voortgezet verblijf voor de tweede echtgenote te goeder trouw .....</b>	<b>1109</b>
<i>A.3.a. Een recht op voortgezet verblijf voor de tweede echtgenote te goeder trouw trouw die België op illegale wijze is binnengekomen.....</i>	<i>1109</i>
<i>A.3.b. Een recht op voortgezet verblijf voor de tweede echtgenote te goeder trouw die België op legale wijze is binnengekomen .....</i>	<i>1111</i>
<i>A.3.c. Evaluatie van de invloed van kinderen op de machtiging van de tweede echtgenote tot voortgezet verblijf .....</i>	<i>1112</i>
<b>B. Polygamie en gezinshereniging voor de kinderen van een polygame vader .....</b>	<b>1113</b>
<b>B.1. Discriminatie op grond van geboorte: de ongelijke behandeling van kinderen van een polygame vader die met de andere echtgenote- niet-moeder samenleeft, naargelang ze zijn geboren uit zijn eerste, dan wel zijn tweede huwelijk .....</b>	<b>1113</b>
<i>B.1.a. Probleemstelling.....</i>	<i>1113</i>
<i>B.1.b. Voorgestelde oplossing .....</i>	<i>1117</i>
* T.a.v. het kind uit het eerste huwelijk.....	1117
* T.a.v. het kind uit een volgend huwelijk .....	1120
* Enkele praktische moeilijkheden bij de gezinshereniging .....	1121

- De termijnbeperking van art. 10, 4° Vreemdelingenwet .....	1121
- Het cascadeverbod van art. 10, 4° Vreemdelingenwet .....	1122
* Geen gezinshereniging t.a.v. de tweede echtgenote – moeder die in het buitenland verblijft.....	1123
<b>B.2. Discriminatie op grond van de burgerlijke staat van de ouders: de onmogelijkheid van een verblijf met beide polygame ouders in België, ook voor het Belgische kind</b>	1124
<b>B.3. Discriminatie op grond van nationaliteit: de ongelijke behandeling tussen kinderen uit het tweede polygame huwelijk onderling</b>	1125
<b>C. Gezinshereniging na beëindiging van de polygame gezinssituatie .....</b>	1127
<b>C.1. Gezinshereniging voor de tweede echtgenote na beëindiging van de polygame gezinssituatie</b>	1127
C.1.a. <i>Gezinshereniging bij successieve polygamie</i> .....	1127
C.1.b. <i>Gezinshereniging bij beëindiging van polygamie</i> .....	1128
<b>C.2. Gezinshereniging voor het kind uit het eerste, dan wel tweede huwelijk na ontbinding of nietigverklaring ervan</b>	1132
<b>C.3. Het Nederlandse beleid ter zake: een verschillende aanpak in het burgerlijk recht en het verblijfsrecht</b>	1132
C.3.a. <i>Een verschillende behandeling tussen een nieuw huwelijk na beëindiging van de polygamie en een nieuw huwelijk na echtscheiding</i> .....	1132
C.3.b. <i>Evaluatie</i> .....	1134
* Discriminatie volgens de Haagse rechter .....	1134
* De voormalige Nederlandse regeling als schoolvoorbeeld voor het voorkómen van misbruik .....	1135
* De Nederlandse Raad van State steunt vermoedelijk de huidige regeling .....	1135
- Rechtspraak in een aanverwante materie.....	1135
- Een geringe kans op aanname van vergelijkbare situaties .....	1136
<b>HOOFDSTUK 5. IMPACT OP DE NATIONALITEITSVERWERVING.....</b>	1137
<b>A. Naar Belgisch nationaliteitsrecht.....</b>	1137
<b>B. Naar Nederlands nationaliteitsrecht .....</b>	1138
<b>C. Naar Frans nationaliteitsrecht.....</b>	1139
<b>D. Naar Duits nationaliteitsrecht .....</b>	1140
<b>NABESCHOUWINGEN ..</b>	1141

## DEEL 5 ALGEMEEN BESLUIT

<b>HOOFDSTUK 1. BESLUIT .....</b>	1143
<b>A. Toepassingsmodaliteiten van het gelijkheidsbeginsel .....</b>	1143
<b>B. Streven naar internationale beslissingsharmonie .....</b>	1147
<b>C. Streven naar internrechtelijke beslissingsharmonie.....</b>	1147
<b>D. Streven naar een optimale maar haalbare bescherming van gezinsleven:     eenzelfde <i>connections approach</i>, over de rechtstakken heen .....</b>	1149

E. Een afweging van keuzes met het oog op een humaan, maar tevens realistisch vreemdelingenbeleid.....	1151
HOOFDSTUK 2. NEGEN RICHTLIJNEN VOOR HET BELEID .....	1153
<b>BIJLAGEN</b>	
SAMENVATTING.....	1165
HOOFDSTUK 1. DOELSTELLINGEN VAN HET ONDERZOEK .....	1165
A. Rechtvaardiging van het niet-systematische karakter van de gelijkheidstoets .	1165
A.1. Gelijke behandeling met oog voor het belang van een casuïstieke benadering .....	1165
A.2. Het niet-systematische karakter van de gelijkheidstoets.....	1166
A.3. Naar een betere bescherming van oprecht, geoorloofd gezinsleven .....	1166
B. Een eerste beoordelingscriterium in het licht van het gelijkheidsbeginsel: de eerbiediging van alle feitelijke gezinsleven, door een juridisch correcte inpassing in Belgisch familierecht .....	1168
C. Een tweede beoordelingscriterium in het licht van het gelijkheidsbeginsel: het aanknopingsmechanisme.....	1169
C.1. Ons globale aanknopingsvoorstel .....	1169
C.2. Toetsing van ons aanknopingsvoorstel aan de verschillende wijzen van gezinsvorming: voorstel voor een overwegende toepassing, met enkele afwijkingen .....	1170
HOOFDSTUK 2. KORTE SAMENVATTING VAN DE ONDERZOEKSRESULTATEN .....	1174
A. Drie toegangspoorten tot het onderzoek (deel 2) .....	1174
B. Het eigenlijke onderzoek (delen 3-5): Uitkomsten van de gelijkheidstoets	
B.1. Inleiding .....	1178
B.2. De grond- en vormvereisten voor het huwelijk .....	1178
B.3. De buitenhuwelijkse tweerelatie .....	1182
B.4. Polygamie .....	1183
HOOFDSTUK 3. CONCRETE ONDERZOEKSRESULTATEN PER HOOFDSTUK.....	1185
A. De grond- en vormvereisten om te huwen .....	1185
A.1. De leeftijd van huwbaarheid en van het recht op gezinshereniging op grond van huwelijk .....	1185
A.1.a. De leeftijdsvereiste in het familierecht .....	1185
A.1.b. De leeftijdsvereiste in het gezinsherenigingsrecht .....	1187
A.2. De geldige huwelijkstoestemming en vereiste instemmingen met het huwelijk en hun beoordeling in het verblijfsrecht .....	1187
A.3. Buitenlandse verwantschapsbeletselen en hun beoordeling in het	

verblijfsrecht .....	1192
A.4. Buitenlandse beletselen die niet bestaan naar Belgisch recht en hun beoordeling in het verblijfsrecht .....	1194
A.5. De impliciete vereisten te leven en van een verschillend geslacht te zijn en hun beoordeling in het verblijfsrecht .....	1195
A.6. De vormvoorwaarden voor het huwelijk en hun beoordeling in het verblijfsrecht .....	1196
A.6.a. Conclusie m.b.t. de vormvereisten bij huwelijkssluiting in België .....	1196
A.6.b. Conclusie m.b.t. de beoordeling van de vormvereisten bij de erkenning in België van een buitenlands huwelijk .....	1197
B. De buitenhuwelijkse tweerelatie .....	1198
B.1. Familierecht .....	1198
B.2. Gezinsherenigingsrecht .....	1199
C. De doorwerking in het huwelijks- en het afstammingsrecht van de wijze waarop wordt omgegaan met een huwelijksbeletsel: het verbod op polygamie .....	1200
C.1. Familierecht .....	1200
C.2. Gezinsherenigingsrecht .....	1202
BESLUIT .....	1204
 TABELLEN .....	niet gepagineerd
 BIBLIOGRAFIE .....	1205
 GEDETAILLEERDE INHOUDSTAFEL .....	1239
 ZAAKREGISTER .....	1270

## ZAAKREGISTER VOORSTEL VAN I.P.R.-WETBOEK EN RICHTLIJNEN INZAKE GEZINSHERENIGING

Om de lezer toegang te verlenen tot bedenkingen omtrent recht in wording, stellen we hieronder een zaakregister samen dat verwijst naar onze bespreking van de I.P.R.-codex in wording, van de Europese Richtlijn in wording inzake gezinshereniging bij een Unieburger<sup>1</sup> en van de op 29 juli 2003 aangenomen Richtlijn van de Raad inzake het recht op gezinshereniging<sup>2</sup>

### A. VERWIJZINGEN NAAR HET WETSVOORSTEL HOUDENDE INVOERING VAN EEN I.P.R.-CODEX

Algemene inleiding:	randnrs 25 en 60
Deel 2B:	randnrs 48, 68, 72, 157, 169, 178, 183
Deel 3A:	
De leeftijdsvereiste:	voetnoot 124
De toestemmingsvereiste:	randnrs 128 en 164
Verwantschapsbeletselen:	randnr. 49
Buitenlandse beletselen:	randnr. 225
Vormvereisten:	randrs 33, 226, 250 en voetnoten 117, 267
Deel 3B (De buitenhuwelijkse tweerelatie), hoofdstuk 3	randnr. 2 en voetnoot 31
Deel 4 (Polygamie), hoofdstuk 2:	voetnoten 39 en 134
Bijlage, Samenvatting:	randnr. 66

### B. VERWIJZINGEN NAAR DE EUROPESE RICHTLIJNEN

Deel 2B:	voetnoot 70
Deel 2C:	randnrs 4, 75, 79, 82, 85, 87, 92, 114-118, 123, 132, 137, 138, 143, 145, 153, 155, 158, 180, 181, 185-190, 193, 212, 220, 222
Deel 3A:	
De leeftijdsvereiste:	randnrs 75 en 109
De toestemmingsvereiste:	randnrs 425 en 426
Impliciete vereisten:	randnr. 38
Deel 3B (De buitenhuwelijkse tweerelatie):	
hoofdstuk 3:	voetnoten 30 en 41
hoofdstuk 4:	randnrs 32, 33 en 35 en voetnoten 27, 33, 34, 36, 37 en 39
Deel 4 (Polygamie), hoofdstuk 4:	randnr. 6 en voetnoten 14 en 125
Bijlage, Samenvatting:	randnrs 33 en 75 en voetnoot 15

<sup>1</sup> Voorstel van Richtlijn betreffende het recht van de burgers van de Unie en hun familieleden om zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven. De meest recente versie van het voorstel dateert van 15 april 2003 (COM(2003) 199 definitief, 2001/0111 (COD)).

<sup>2</sup> Richtlijn van de Raad van 29 juli 2003 inzake het recht op gezinshereniging, 10502/2/03 REV 2, 1999/0258 (CNS), MIGR 49.